EINGRIFFE DES CLEARINGRECHTS IN DIE VERTRAGSFREIHEIT

Dissertation zur Erlangung der Würde eines
DOCTOR IURIS UTRIUSQUE
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern
vorgelegt von
Fred Rüttimann, Luzern

SCHWARZENBACH (ST. GALLEN) 1944 DRUCK FRANZ RENGGLI

EINGRIFFE DES CLEARINGRECHTS IN DIE VERTRAGSFREIHEIT

Dissertation zur Erlangung der Würde eines
DOCTOR IURIS UTRIUSQUE
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern
vorgelegt von
Fred Rüttimann, Luzern

SCHWARZENBACH (ST. GALLEN) 1944 DRUCK FRANZ RENGGLI

Die Fakultät hat diese Arbeit am 15. Juli 1943 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. iur. A. Homberger als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinem lieben Vater in Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546502_0018

INHALTSVERZEICHNIS.

EINLEITUNG.

ERSTER TEIL: DAS CLEARINGRECHT.

§ 1. Die Rechtsquellen. 11

I. Bundesbeschlüsse.

1. Bundesbeschluss vom 23. Dezember 1931.
2. Bundesbeschluss vom 14. Oktober 1933.
3. Verhältnis des dringlichen BB zur BV.

II. Clearingabkommen.

1. Wesen und Zweck der Clearingabkommen.
2. Arten der Clearingabkommen.
3. Verhältnis der Abkommen zum Devisenrecht.
4. Verhältnis der Abkommen zum Staatsrecht.

III. Verordnungen der Bundesbehörden.

1. Bundesratsbeschlüsse.
2. Verfügungen.
3. Rechtsnatur der Verordnungen.

§ 2. Der Geltungsbereich. 26

I. Sachlicher Geltungsbereich.

1. Beim Warenclearing.
2. Beim gemischten Clearing.
3. Beim Totalclearing.

II. Persönlicher Geltungsbereich.

§ 3. Die Clearingpflicht. 31

I. Clearingeinzahlungspflicht.

1. Subjekt.
2. Objekt.

II. Nachzahlungspflicht.

III. Verwaltungspflichten.

1. Auskunftspflicht.
2. Duldungspflicht.
3. Unterlassungspflicht.

§ 4. Die Clearingberechtigung. 38

I. Voraussetzungen der Clearingberechtigung.

1. Subjektive Voraussetzung.
2. Objektive Voraussetzung.

II. Anspruch des Clearinggläubigers.

1. Entstehung des Anspruches.
2. Umfang des Anspruches.
3. Fälligkeit des Anspruches.

III. Rechtsnatur des Anspruches.

§ 5. Die Rechtsnatur des Clearings. 45

I. Kollektive Verrechnung.

II. Beschlagnahme und Einziehung clearingpflichtiger Forderungen.

1. Beschlagnahme.
2. Einziehung.

ZWEITER TEIL: DIE BESCHRÄNKUNG DER VERTRAGSFREIHEIT.

I. Abschnitt: GRUNDLEGENDES.

§ 6. Das Problem der Vertragsfreiheit. 51

I. Privatautonomie.
1. Wesen.
2. Inhalt.

II. Vertragsfreiheit.
1. Inhalt und Schranken.
2. Staatsrechtliche Umgrenzung.

§ 7. Die Einwirkung des öffentlichen Rechts auf das Privatrecht. 56

I. Allgemeine Einwirkung.

II. Besondere Einwirkung.

II. Abschnitt: AUSFÜHRUNG.

§ 8. Die Beschränkung der Abschlussfreiheit. 60

I. Kontrahierungszwang.

II. Tatbestände.

III. Rechtliche Ausgestaltung.

§ 9. Die Beschränkung der Freiheit in der Wahl der Gegenpartei. 64

I. Kontrahentenzwang.

II. Tatbestände.

§ 10. Die Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhalts. 66

I. Allgemeine Beschränkung.

II. Erfüllungsbeschränkungen.

1. Bestimmung des Erfüllungsortes.
2. Bestimmung der Erfüllungszeit.
3. Bestimmung der Leistungsart.
4. Bestimmung des Leistungsumfanges.

III. Beschränkungen der Forderungsübertragung.

1. Forderungsabtretung.
2. Schuldübernahme.

§ 11. Die Beschränkungen der Voraussetzungen für den Untergang des Vertrages. 82

I. Untergang durch Erfüllung, insbesondere Zahlung.

1. Allgemeiner Grundsatz.
2. Befreiende Wirkung.
3. Folgen der Nichterfüllung.

II. Untergang durch Verrechnung.

1. Private Einzelverrechnung.
2. Kompensationsgeschäfte.
3. Tauschgeschäfte.

III. Untergang ohne Befriedigung des Gläubigers.

1. Aufhebung durch Übereinkunft.
2. Neuerung.
3. Vereinigung.

§ 12. Die rechtliche Ausgestaltung. III. Abschnitt. 89

I. Nichtigkeit.

II. Sanktionen.

LITERATURVERZEICHNIS

Bendheim, Das deutsche Devisenrecht und die Schwelz, Diss. Bern 1936.

Berichte des Bundesrates an die Bundesversammlung.

Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, 1911.

Büchner, Wirtschaftspolitik als Wissenschaft, in Festgabe für Fleiner, Zürich 1937.

Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 1931.

Schweizerisches Bundesrecht, 1930.

Die staatsrechtliche Wirkung der Staatsverträge, 34 Z.S.R.

Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927.

Methode und System des Rechts, Zürich 1936.

Dittel, Wesen und volkswirtschaftliche Bedeutung der zwischenstaatlichen Clearingabkommen, Diss. Bern 1936.

Fehr, Das kommende Recht, Berlin 1933.

Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923.

Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928.

Geiser, Die Kompensation als Mittel der Aussenhandelspolitik, Zürich 1939.

Gelpke, Clearing und Devisen, Zürich 194o.

Giacometti, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, in Festgabe für Fleiner, 1937.

Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 1936.

Homberger H., Aussenhandelspolitik, aus Handbuch der schweiz. Volkswirtschaft, Bern 1939.

Hug, Das Clearingrecht und seine Einwirkung auf die vertraglichen Schuldverhältnisse, Z.S.R. 55.

Jaccard, De l'incidence juridique du clearing sur les rapports entre acheteurs et vendeurs, Zürich 1934.

Jöhr, Interventionismus, aus Handbuch, Bern 1939.

Karrer, Schuldrechtersetzendes Verwaltungsrecht in der neuen schw. Kriegswirtschaftsgesetzgebung, S.J.Z. 37.

Mettler, Die Clearingzahlung, Diss. Zürich 1936.

Müller, Grundriss der Devisenbewirtschaftung, Berlin 1939.

Nipperdey, Kontrahierungszwang, Jena 1920.

Oftinger, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, Z.S.R. 57.

Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, S.J.Z. 37.

Oser-Schönenberger, Kommentar OR

Rosset, Les accords de clearing et les obligations contractuelles, Z.S.R. 55.

Ruck, Schweizerisches Staatsrecht, Zürich 1939.

Schweizerisches Verwaltungsrecht, 1934, 1938.

Schneider, Der Welthandel im Clearingverkehr, Berlin 1938.

Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 1940.

Vieli, Das Rechtssystem der Clearingverträge, 1934.

von Tuhr, Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts, 2 Halbbände 1924/25.

PERIODICA.

Druckschriften der Schweizerischen Vereinigung für internationales Recht.

Eidgenössische Gesetzessammlung. (EG)

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. (BGE)

Geschäftsberichte der Schweizerischen Nationalbank.

Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Bern 1939.

Mitteilungen aus dem handelswissenschaftlichen Seminar der Universität Zürich, neue Folge.

Praxis des Bundesgerichts.

Schweizerische Juristenzeitung. (SJZ)

Zeitschritt für Schweizerisches Recht. (ZSR)

EINGRIFFE DES CLEARINGRECHTS IN DIE VERTRAGSFREIHEIT

EINLEITUNG

Die Sicherung der nationalen Existenz ist ein Hauptziel der schweizerischen Wirtschaftspolitik. Dazu bedarf unser Land dringend des Exportes. In seinem Dienste steht der Übergang zur Kompensation und zum Clearingverkehr.
Das seit dem Jahre 1931 begründete Clearingrecht der Schweiz ist eine Folgeerscheinung der in verschiedenen Staaten eingeführten Devisenbewirtschaftung. Voraussetzung für das Zustandekommen eines zwischenstaatlichen Clearingvertrages und Grund seines Bestehens ist heute noch die Devisenbewirtschaftung in mindestens einem der beteiligten Länder. Ohne Clearing würde sich die Devisensperre des Auslandes zum Nachteil der schweizerischen Gläubiger voll auswirken. Mit dem Clearing hat die moderne Handelspolitik

ihre ursprüngliche Defensivstellung verlassen und positiv erreicht, dass der zwischenstaatliche Handelsverkehr und mit ihm der Export erhalten bleibt. Dies ist der Zweck des Clearings und er ist vollauf erfüllt worden.

Alle clearingrechtlichen Massnahmen führen jedoch zu einem vermehrten staatlichen Eingriff in die Sphäre des vormals freien zwischenstaatlichen Handelsverkehrs. Ein kollektiver Verrechnungsverkehr funktioniert nur dann in befriedigender Weise, wenn durch Staatsvertrag die Bedingungen festgelegt und in beiden Ländern durch interne Gesetzgebung ein Zwang auf die Zahlungsweise ausgeübt wird. Es ist deshalb bekannt, dass die durch die wirtschaftliche Entwicklung nötig gewordene ausserordentliche Gesetzgebung einschneidende Konsequenzen auf dem Gebiete der Privatautonomie gebracht hat. Darum handelt es sich also, wenn von Eingriffen des Clearingrechts in die Vertragsfreiheit die Rede ist.

Heute lässt es sich noch nicht feststellen, ob der durch den Clearingverkehr herbeigeführte Zustand ein vorübergehender ist oder einen bleibenden Umschwung der wirtschaftlichen Verhältnisse eingeleitet hat. Es sind zweifellos ausserordentliche Umstände, denen mit ausserordentlichen Mitteln begegnet werden musste. Erst der Rückblick wird es zeigen, was wirklich vorübergehend war und was geblieben ist.

ERSTER TEIL

DAS CLEARINGRECHT

§ 1. Die Rechtsquellen.

I. Bundesbeschlüsse.

Die Bundesverfassung hat in Art. 28 mit der Zollhoheit den schweizerischen Bundesbehörden die Leitung der internationalen Handelspolitik übertragen. Gewisse Grundsätze für die eidgenössische Zoll- und Handelspolitik sind in Art. 29 vorgeschrieben; allerdings sieht Art. 29 letzter Absatz gleichzeitig vor, dass unter ausserordentlichen Umständen vorübergehend von den in der Bundesverfassung aufgestellten Grundsätzen abgewichen werden kann. Von dieser Bestimmung haben die Bundesbehörden Gebrauch gemacht durch Erlass von zwei grundlegenden Bundesbeschlüssen.

1. Bundesbeschluss vom 23. Dezember 1931.

Mit dem Abgehen der Schuldnerstaaten vom freien Zahlungsverkehr erwies es sich auch für die Schweiz als notwendig, die aller Vertragspolitik widersprechende, autonome Politik der Handelshemmnisse zu begründen [1]). Die neuartigen Mittel, welche der Bund demnach seit dem Jahre 1931 ergriff, wurden erlassen auf Grund des Bundesbeschlusses vom 23. Dezember 1931 über die Beschränkung der Einfuhr.
Sie können in folgende Kategorien eingeteilt werden:

a. Kontingentierung.
b. Clearing.
c. Kompensationsverkehr.

Das Kontingent bezweckt die Ein- und Ausfuhr von Waren zeitlich, mengenmässig oder wertmässig zu beschränken. Es ist als "wesensfremder Eingriff in die Marktwirtschaft" [2]) anzu-

1) Aus der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 14. Dezember 1931.
2) Geiser, Kompensation S. 13.

sprechen, wobei jedoch in erster Linie an die Verteidigung des Inlandmarktes gedacht wird.

Art. 1 des cit. Bundesbeschlusses bestätigt folgendes:

"Zum Schutze der nationalen Produktion und insbesondere zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit kann der Bundesrat, im allgemeinen Wirtschaftsinteresse des Landes, ausnahmsweise und vorübergehend die Einfuhr bestimmter Waren beschränken oder von Bewilligungen abhängig erklären".

Daraus ist klar ersichtlich, dass man vorerst die Kontingentierung als defensives Mittel gegen übersteigerte Einfuhren handhaben wollte. Im Gegensatz zur Kontingentierung stellen Clearing und Kompensation von vornherein aggressive Methoden moderner Handelspolitik dar.

Art. 4 hat den Bundesrat ermächtigt, "gegenüber Staaten, welche den freien Zahlungsverkehr einschränken, die schweizerischen Interessen durch den Abschluss kurzfristiger Abkommen zu wahren".

Sollten sich aber einzelne Staaten weigern durch den Abschluss solcher Abkommen den schweizerischen Interessen entgegenzukommen, so wurde durch einen Beschluss der Bundesversammlung der Bundesrat dahin ermächtigt, "auch jede andere geeignete wirtschaftliche und finanzpolitische Massnahme, insbesondere Beschränkungen des Zahlungsverkehrs, zu ergreifen" [3]).

2. Bundesbeschluss vom 14. Oktober 1933.

Der erwähnte, das Gebiet des Clearingrechts berührende Bundesbeschluss wurde in der Folge ersetzt durch den allgemein verbindlichen, dringlichen
Bundesbeschluss vom 14. Oktober 1933 über wirtschaftliche Massnahmen gegenüber dem Ausland.
Er ermächtigt den Bundesrat gemäss

3) VII. Bericht des Bundesrates vom 25. September 1933, S. 23.

Art. 1 "zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, zum Schutze der nationalen Produktion, soweit sie in ihren Lebensbedingungen bedroht ist, und zur Förderung des Exportes, sowie im Interesse der schweizerischen Zahlungsbilanz, die nötigen Massnahmen zu treffen".

Art. 3 erteilt dem Bundesrat zum Zwecke der Durchführung solcher Massnahmen folgende Kompetenz: "Der Bundesrat kann gegenüber Staaten, deren Zahlungsverkehr behindert ist, die schweizerischen Interessen durch den Abschluss kurzfristiger Abkommen wahrnehmen. Insoweit solche Abkommen nicht erzielt werden können, ist er ermächtigt, durch einseitige, ihm geeignet scheinende wirtschaftliche oder finanzpolitische Massnahmen, insbesondere auch durch Beschränkung des Zahlungsverkehrs, die schweizerischen Interessen zu wahren".

Art. 8 beauftragt den Bundesrat mit dem Vollzug und mit dem Erlass der nötigen Ausführungsvorschriften.
Die Geltungsdauer dieses grundlegenden dringlichen Bundesbeschlusses wurde zu verschiedenen Malen verlängert, nämlich durch die Bundesbeschlüsse vom 11. Dezember 1935, vom 23. Dezember 1937 und endlich vom 22. Juni 1939, womit sie sich bis Ende 1942 erstreckt.

3. Verhältnis des dringlichen Bundesbeschlusses zur Bundesverfassung.

Materiell findet der Bundesbeschluss vom 14. Oktober 1933, bezw. seine Verlängerungsbeschlüsse, die verfassungsmässige Grundlage in dem bereits erwähnten Art. 29 letzter Absatz B. V., denn es handelt sich offenbar um handelspolitische Massnahmen gegenüber dem Ausland. Der dringliche Bundesbeschluss stellt die einzige Gesetzesform dar, in welcher die Bundesbehörden in Not- oder Zwangslagen des Staates

dringliche Anordnungen treffen können [4]). Dabei darf ein Bundesbeschluss nur dann als dringlich erklärt werden, wenn die Rechtsetzung keinen Aufschub erträgt, nicht aber, wenn es sich um eine materielle Dringlichkeit handelt [5]). Angesichts der Devisenvorschriften der ausländischen Staaten drehte es sich darum, sofort geeignete Massnahmen zur Abwehr eines dadurch bewirkten staatlichen Notstandes zu treffen. Aus obigen Gründen entspricht der Erlass der Bundesversammlung auch formell der Verfassung.
Da die abweichenden Massnahmen nur für die Dauer eines Notstandes angewendet werden dürfen, sind alle das Clearingrecht berührenden Staatsverträge und Vorschriften kurzfristig und bewegen sich auch in dieser Beziehung im Rahmen der Verfassung. Damit sind die von ihr geforderten Voraussetzungen der zeitlichen Dringlichkeit und des provisorischen Charakters erfüllt.

II. Clearingabkommen.

Die zwischen der Schweiz und dem Ausland abgeschlossenen kurzfristigen Clearingverträge sind die oberste Quelle des Clearingrechts.

1. Wesen und Zweck der Clearingabkommen.

Die Clearingverträge lassen sich als zwischenstaatliche Übereinkommen definieren, welche bewirken, dass zwangsmässig alle aus dem zwischenstaatlichen Waren- und Geldverkehr sich ergebenden Forderungen in beiden Staaten zentral zusammengefasst werden, einer beidseitigen Verrechnung unterliegen und nur die überschiessende Forderungsspitze dem einen Staate zur freien Verfügung gestellt wird [6]).

4) Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht 1923 S. 405.
5) Burckhardt, Kommentar B. V. 1931, S. 708.
6) Ähnlich Vieli, Rechtssystem, S. 3.

Damit ist "um den Preis der Unterjochung der aussenwirtschaftlichen Beziehungen unter ein strikt nationales Reziprozitätssystem" dafür gesorgt, dass das eigene Geld dem eigenen Lande verbleibt [7]). In dieser Sicherungsfunktion liegt der Zweck der Clearingverträge und nicht in der Illusion, den zwischenstaatlichen Warenverkehr damit zu fördern. Der Clearingverkehr ist daher grundsätzlich ein weltwirtschaftlicher Rückschritt, weil an die Stelle des durch keine Zahlungstransferschranken gehemmten Waren-, Kapital- und Reiseverkehrs im Vieleck der Weltwirtschaft das Clearing den Zwangsausgleich der Zahlungen zwischen zwei oder mehreren Ländern setzt. Als die sinnfälligste Form eines Zwanges zur Gegenseitigkeit stellt das Clearing ein Symptom der Schrumpfung des Weltverkehrs dar. Es ist ein Sympton und keine Ursache.

2. Arten der Clearingabkommen.

Aus der Fülle der bestehenden Abkommen sind zu unterscheiden:

a. Im Hinblick auf den sachlichen Geltungsbereich:
Totalclearing und Partial- oder Warenclearing.

Die Abkommen sehen entweder eine generelle Clearingeinzahlungspflicht vor, wobei grundsätzlich alle Zahlungen dem Clearingverkehr unterstellt sind, die nicht speziell ausgenommen wurden (Generalklausel) oder nur einen Teil der gegenseitigen Verpflichtungen (Partialklausel).
Nun existiert allerdings keine der beiden Clearingarten in absolut reiner Form, vielmehr weisen sie Abstufungen auf. Beim Totalclearing gibt es Ausnahmen vom Prinzip der restlosen Erfassung aller zwischenstaatlichen Zahlungen und beim Warenclearing Ausnahmen von der ausschliesslichen Beschränkung auf Warenzahlungen. Je nachdem spricht man von ei-

7) Homberger H, Aussenhandelspolitik.

nem Total-, einem gemischten oder einem reinen Warenclearing.

b. Im Hinblick auf die technische Funktion:

Reine Clearingabkommen, Devisen- oder Zahlungsabkommen, Kompensationsabkommen.

Wir beschäftigen uns hier nur mit dem reinen Clearingabkommen. Die Zahlung erfolgt von Gesetzes wegen an eine öffentlichrechtliche Kasse (Nationalbank) und gelangt in einer Weise zur Globalverrechnung, dass anstelle eines freien Devisenverkehrs ein Verkehr mit domizil- und zweckgebundenen Devisen (Clearingdevisen) tritt. Dabei ist der Verkehr einer öffentlichrechtlichen Kontrolle hinsichtlich der Clearingpflicht und Clearingberechtigung unterworfen, was in den §§ 3 und 4 auszuführen sein wird.

c. Im Hinblick auf das Staatsrecht:

Vertrags- und Zwangsclearing.

Der Unterschied des Zwangsclearings gegenüber dem Vertragsclearing beruht nicht etwa darin, dass beim Abkommen keinerlei Zwang zur Clearingeinzahlung bestände, sondern nur darin, dass anstelle einer Vereinbarung mit dem Partnerland ein einseitiger zwangsweiser Akt tritt[8]).

Die heute in Kraft befindlichen Clearingabkommen sind vom Bundesrat auf Grund der generellen Ermächtigung abgeschlossen worden und zwar mit:

Belgien	Finnland	Luxemburg	Slowakei
Bulgarien	Frankreich	Niederlande	Spanien
Chile	Griechenland	Norwegen	Türkei
Dänemark	Italien	Polen	Ungarn
Deutschland	Kroatien	Rumänien	

8) Gelpke, Clearing und Devisen, S. 36.

Die Verträge tragen vor allem durch ihre Kurzfristigkeit das Zeichen der Zeit an sich. In der Regel besitzen sie eine feste Dauer von einem Jahr, mit nachheriger stillschweigender Verlängerung unter kurzfristiger Kündigungsmöglichkeit.

3. Verhältnis der Abkommen zum Devisenrecht.

Die Clearingabkommen sind im Anschluss und unter Anpassung an die ausländischen Devisenvorschriften abgeschlossen worden. Trotz dieser Tatsache bedeuten sie nach schweizerischer Doktrin und Praxis keineswegs eine rechtliche Anerkennung des ausländischen Devisenrechts durch die Schweiz. Das Bundesgericht hat dies in einem in BGE 61 II 248 publizierten Urteil deutlich ausgesprochen. Soweit jedoch ein Abkommen keine vom betreffenden Devisenrecht abweichenden Bestimmungen enthält, ist das Devisenrecht praktisch doch auch gegenüber dem schweizerischen Gläubiger wirksam.
Im Gegensatz zum Devisenrecht beruht das Clearingrecht nicht auf einer Gesetzgebung zum Schutze der inländischen Währung, sondern ist eine Rückwirkung des ausländischen Devisenrechts und stützt sich normalerweise auf den betreffenden Staatsvertrag. Durch das Clearingrecht sollen die Auswirkungen des Devisenrechts für die Gläubiger des devisenstärkeren Landes gemildert werden, wobei natürlich nicht jede einzelne Bestimmung eine Milderung enthält, sondern das Clearingrecht als Ganzes.
Soweit das Clearingrecht eine Abänderung des Devisenrechts darstellt, ist es ein Spezialrecht, das dem allgemeinen Devisenrecht vorgeht. Die clearingrechtlichen Einschränkungen haben einen ähnlichen Charakter wie die devisenrechtlichen, aber sie bezwecken nicht einen Ausgleich der Zahlungsbilanz, sondern lediglich einen Ausgleich der Clearingbilanz. Während das Devisenrecht eine grundsätzliche Sperre der

Devisenfunktion bewirkt, schränkt das Clearingrecht die Devisenfunktion nur ein. Die freie Devise wird dadurch zur Clearingdevise, zum domizil- und zweckgebundenen Zahlungsmittel [9]).

4. Verhältnis der Abkommen zum Staatsrecht.

Clearingabkommen sind ihrer Natur nach Handelsverträge. Allerdings hätte der Bundesrat, auf Grund von Art. 1o2 Ziffer 8 B.V., solche Verträge mit dem Ausland (Staatsverträge selbständig abschliessen können, aber nur unter Vorbehalt der Ratifikation durch die Bundesversammlung im Sinne von Art. 85 Ziffer 5 B.V. Mit dieser Genehmigung wird ein Staatsvertrag zum völkerrechtlich verbindlichen Vertrag erhoben.

Die im Bundesbeschluss von 1933 erteilte generelle Ermächtigung hat indessen die Genehmigung der einzelnen Abkommen, wie sie die Verfassung vorsieht, erübrigt. Die Bundesversammlung hat auf ihr Recht zur nachträglichen Genehmigung der vom Bundesrat abgeschlossenen Clearingabkommen verzichtet und ihn im voraus zum endgültigen Abschluss und zur Ratifikation von Staatsverträgen auf diesem Gebiete ermächtigt. Abgeschlossene Clearingverträge werden daher nicht mehr der Genehmigung der Bundesversammlung unterstellt und es besteht zudem keine Verpflichtung, sie der Bundesversammlung bekanntzugeben.
Diese Ordnung liegt in der Linie der Entwicklung unseres gegenwärtigen Bundesstaatsrechtes und bedeutet eine Verlagerung der Kompetenzen zugunsten des zentralen Bundesorgans, des Bundesrates [10]). Das Clearingrecht bedeutet demnach eine Durchbrechung des Prinzips der Gewaltentrennung, indem Gesetzgebung, oberste Verwaltung und Rechtspre-

9) Gelpke, S. 16 ff.
10) Giacometti, Verfassungrecht und Verfassungspraxis S. 63.

chung zum Teil in einer Hand vereinigt sind. Gerechtfertigt wird diese Verkennung hoher Grundsätze des Staatsrechts durch die Notwendigkeit dringlicher Massnahmen gegenüber den schädigenden Auswirkungen des ausländischen Devisenrechts. In der Praxis liegen jedoch die Dinge so, dass der Bundesrat alle wichtigen Massnahmen staatsvertraglicher oder autonomer Natur nur im Einvernehmen mit der in Art. 4 des Bundesbeschlusses vom 14. Oktober 1933 erwähnten Clearing-Kommission unternimmt.

In der schweizerischen Clearing-Kommission, der materiell wichtigsten Clearingbehörde, sind Behörden und Privatwirtschaft zumeist in gleicher Stärke vertreten.

Auch die Clearingabkommen haben wie alle Staatsverträge zunächst völkerrechtliche Wirkungen, indem sie die Vertragsstaaten berechtigen und verpflichten. Gegenüber den Vertragsstaaten ist die Schweiz völkerrechtlich verpflichtet zur Einrichtung des Clearingverkehrs durch eine Clearingstelle, zur Vornahme aller Massnahmen, welche die Durchführung des Verkehrs sicherstellen, und zur Unterlassung aller Massnahmen, welche diese Durchführung beeinträchtigen könnten. Anderseits ist sie völkerrechtlich berechtigt, die Vertragsstaaten zur Erfüllung derselben Verpflichtungen anzuhalten.

Die Clearingabkommen statuieren demnach dem Bundesrat die Pflicht zur Herstellung gewisser Verwaltungseinrichtungen und zum Erlass von Rechtssätzen. Gleichzeitig enthalten sie selbst Rechtsvorschriften für den Zahlungsverkehr, denen die Angehörigen der Vertragsstaaten unterworfen werden sollen. Sie sind daher insoweit "rechtssetzende Staatsverträge" [11]).

Damit sie in der Schweiz Gültigkeit erlangen, müssen die Clearingabkommen wie die übrigen Staatsverträge veröffentlicht werden [12]). Nicht notwendig ist der Erlass eines beson-

11) Hug, Das Clearingrecht, S. 421.

12) Art. 33 des Geschäftsverkehrsgesetzes.

deren Gesetzes oder Bundesbeschlusses, weil nach schweizerischem Staatsrecht der völkerrechtlich verbindliche Vertrag durch die Genehmigung der Bundesversammlung mit Gesetzesbefehl ausgestattet wird und daher mit seiner Publikation in Gesetzeskraft erwächst [13]).

Notwendige Voraussetzung bleibt aber immer die amtliche Veröffentlichung, die wie bei Bundesgesetzen in der Eidgenössischen Gesetzessammlung zu folgen hat. Erst mit derselben erwächst dem Einzelnen die Pflicht zur Beobachtung der Vertragsbestimmungen. Gerade die Clearingabkommen werden gelegentlich nur mit grosser Verspätung oder nur im Schweizerischen Handelamtsblatt publiziert.

Was nicht veröffentlicht wird, ist zwar als interne Vorschrift verbindlich für die staatlichen Behörden, Verwaltungen und Gerichte, soweit sie eine Verpflichtung des Staates und seiner Organe begründen, nicht aber für die Öffentlichkeit bezw. die unterstellten Rechtssubjekte, soweit sie Pflichten derselben begründen, oder subjektive Rechte derselben beeinträchtigen [14]). So sind gewisse Anlagen und Protokolle als vertraulich erklärt worden. Ihre Geheimhaltung ist indessen oft überhaupt Voraussetzung des Vertragsabschlusses [15]) und wird denn auch staatsrechtlich geduldet [16]).

III. Verordnungen der Bundesbehörden.

Neben der Befugnis zum Abschluss von Clearingabkommen kann der Bundesrat auf Grund des Bundesbeschlusses von 1933 auch die nötigen Ausführungsvorschriften für den Clearingverkehr erlassen. Die Bundesversammlung hat nämlich

13) Burckhardt, Kommentar, S. 674.

14) Burckhardt, Die staatsrechtliche Wirkung der Staatsverträge, 34 Z.S.R., S. 165 ff.

15) Laut XI. Bericht des Bundesrates S. 12.

16) Näheres darüber siehe Burckhardt, Bundesrecht, Bd. II N. 630.

nur ganz allgemein gehaltene Richtlinien aufgestellt, die kaum eine sachliche Entscheidung über den Gegenstand ihrer Rechtssetzung enthalten. Demgemäss sieht der Bundesbeschluss Blankettvorschriften vor, welche dem Bundesrat die Rechtssetzung auf einem nur ungenügend umschriebenen Gebiete übertragen.

1. Bundesratsbeschlüsse.

Infolge des Verzichtes der Bundesversammlung auf die Ausübung ihrer Gesetzgebungskompetenz ist die eigentliche Regelung daher Sache des Bundesrates, der diese primäre Rechtssetzung in der Form von Bundesratsbeschlüssen vornimmt. Ihrem Charakter nach sind diese Rechtsquellen unselbständige Notverordnungen. Aus diesem Grunde werden die Ausführungsvorschriften zu den Staatsverträgen über den Zahlungsverkehr nie in Gesetzesform erlassen. Die Verordnung verdrängt somit das Gesetz und wird zu einer dem Bundesgesetz und dem Bundesbeschluss gleichwertigen Rechtsquelle; dies ist wiederum eine Erscheinungsform der modernen Entwicklung unseres Bundesstaatsrechtes [17]).
Für alle Clearingabkommen gelten folgende in der Eidgenössischen Gesetzessammlung publizierten Bundesratsbeschlüsse, erlassen zum Zwecke der Ordnung des zwischenstaatlichen Clearingverkehrs:

a. *Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1932* über die Durchführung der mit verschiedenen Ländern getroffenen Abkommen (AS 48/29): Einführung der Clearingeinzahlungspflicht. Er wurde teilweise überholt durch folgende Beschlüsse:

b. *Bundesratsbeschluss vom 13. Oktober 1932* über die Ergänzung des BRB vom 14. Januar 1932 (AS 48/682): Er-

17) Giacometti, S. 73 ff.

mächtigung zur Vornahme von Bücherrevisionen und Warenkontrollen.

c. *Bundesratsbeschluss vom 11. September 1934* (AS 50/1635): Ermächtigung an das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement die zur Durchführung der Abkommen erforderlichen Verfügungen zu treffen. Strafandrohung bei Hinderung von Massnahmen.

d. *Bundesratsbeschluss vom 2. Oktober 1934* über die Durchführung des schweizerischen Verrechnungsverkehrs mit dem Ausland (AS 50/1752): Gründung der Schweizerischen Verrechnungsstelle, als öffentlichrechtliche Körperschaft zur Durchführung des Verrechnungsverkehrs.

e. *Bundesratsbeschluss vom 28. Juni 1935* über die Zulassung von Warenforderungen zum Zahlungsverkehr mit dem Ausland (AS 51/495): Die Auszahlung durch die Schweiz. Verrechnungsstelle, einschliesslich der Genehmigung der privaten Verrechnungen von Forderungen aus dem Warenverkehr, wird vom Nachweis des schweizerischen Ursprungs oder der Kontingentsberechtigung der ausgeführten Waren abhängig gemacht.

Ursprungszeugnisse sind Urkunden, worin der schweizerische Ursprung und der Wert einer Ware beglaubigt wird. Clearingzertifikate dienen ebenfalls dem Nachweis des schweizerischen Ursprungs. Sie sind jedoch für die Schweiz. Verechnungsstelle bestimmt als Ausweis für die Clearingberechtigung von Exportforderungen, während die reinen Ursprungszeugnisse für ausländische Behörden ausgestellt werden.
Clearingkontingents-Zertifikate sind von den Kontingentsverwaltungsstellen ausgestellte Zeugnisse, die ausser dem schweizerischen Ursprung einer Ware zugleich die Berechtigung zur Teilnahme am Clearingverkehr im Rahmen eines bestimmten Kontingents dokumentieren.

2. Verfügungen.

Die von der Bundesversammlung delegierte Rechtssetzungsgewalt wurde in der Folge vom Bundesrat teilweise an das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement subdelegiert. Art. 1 des Bundesratsbeschlusses vom 11. September 1934 ermächtigt dieses, die zur Durchführung von Abkommen erforderlichen Verfügungen zu erlassen.
Auf Grund der Subdelegation ist das Departement nicht nur zum Vollzug der Bundesratsbeschlüsse durch Erlass von Rechtssätzen, sondern durch eine reine Blankettvorschrift zur primären Rechtssetzung befugt.
Laut *Verfügung vom 3. Juli 1936* hat das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement das Rekursverfahren gegen Entscheidungen der Verrechnungsstelle und der Clearingkommission geordnet.
Die Rechtssetzungskompetenz erfuhr ausserdem eine weitere Subdelegation an die Handelsabteilung des EVD, an die Oberzolldirektion, ja selbst an die Schweizerische Verechnungsstelle. So wurde die Handelsabteilung durch BRB vom 28. Juni 1935 ermächtigt, die für die Erteilung von Clearingzertifikaten und Kontingentszertifikaten massgebenden Bestimmungen aufzustellen. Sie tat dies in der *Verfügung vom 28. Juni 1935* betreffend Clearingzertifikate (AS 51/501): Die Handelskammern dürfen den schweizerischen Ursprung nur bescheinigen, wenn eine Ware zuletzt in der Schweiz eine wesentliche Stufe ihres Produktionsprozesses durchlaufen hat.

Der Bundesbeschluss vom 14. Januar 1932 hat die Oberzolldirektion ermächtigt, die erforderlichen Massnahmen anzuordnen, um bei der Sicherstellung von Einzahlungen der Warenschuldner mitzuwirken.
Ausser der erwähnten bundesrätlichen Subdelegation erfolgte auch eine von Seiten des Volkswirtschaftsdepartementes, in dem Sinne, dass es selbständig und ohne Ermächtigung die

erhaltenen Kompetenzen zur Rechtssetzung durch eine zweite Subdelegation der Handelsabteilung übertragen hat. Anwendungsfall ist die Ermächtigung der Handelsabteilung durch *Verfügung des EVD vom 6. Juni 1935*, für einzelne Waren die Zulassungsbedingungen zum Clearingverkehr festzusetzen.

Die letzten Ausführungen vermitteln uns ein Bild vom freiwilligen Ausschluss der Bundesversammlung von der Gesetzgebung auf dem Gebiete des Clearingrechts und einer Entwicklung zum autoritären Bundesstaatsrecht auf Grund der Tatsache, dass die Rechtssetzung ausser durch den Bundesrat auch durch die Bundesbureaukratie vorgenommen wird.

3. Rechtsnatur der Verordnungen.

Die Bundesratsbeschlüsse sowie die Verfügungen der untergeordneten Amtsstellen haben den Charakter von gesetzesvertretenden oder ausführenden Verordnungen. Sie enthalten teils Verwaltungsvorschriften, womit sie sich als Verwaltungsverordnungen kennzeichnen, in der Hauptsache jedoch Rechtssätze, also Gebote und Verbote, die das einzelne Rechtssubjekt verpflichten. Soweit sie in dieser Weise Sätze des objektiven Rechts aufstellen, sind sie Rechtsverordnungen.

Die Unterscheidung in Bestimmungen, welche materielles Recht schaffen und solche, welche als blosse Verwaltungsverordnungen aufzufassen sind, ist wichtig wegen den daraus entstehenden Folgen. Sobald es sich lediglich um Formvorschriften handelt, so ist damit gesagt, dass sie nur innerhalb des erlassenden Staates Rechtswirkungen erzeugen können. Anordnungen materiellen Rechts sind hingegen geeignet, auch über das betreffende Land hinaus Recht zu schaffen, aber nur dann, wenn sie aus einer vertraglichen Vereinbarung herrühren.

Andernfalls verstossen sie gegen das internationale Recht und sind im besonderen unvereinbar mit unserer öffentlichen Rechtsordnung, so dass sie nach bundesgerichtlicher Praxis auf eidgenössischem Boden nicht zu beachten sind.

§ 2. Der Geltungsbereich.

1. Sachlicher Geltungsbereich.

Der Clearingverkehr ist aufgebaut auf dem zwischenstaatlichen Handelsverkehr. Dieser umfasst jedoch immer nur ein Teilstück der Zahlungsbilanz eines Landes. Deshalb steht der Bund beim Clearing verschiedenen Interessengruppen gegenüber, wie Handel, Fremdenverkehr, Transithandel, Kapitalgläubiger usw. Sie alle stellen insgesamt so weitgehende Anforderungen, dass diese in ihrer Gesamtheit niemals alle voll berücksichtigt werden können. Daher muss der Bund zugunsten der gesamten Volkswirtschaft, im Rahmen des Möglichen, Eingriffe in den Wirtschaftsablauf vornehmen.
Es stellt sich deshalb die Frage nach dem "sachlichen Geltungsbereich" des schweizerischen Clearingrechts, d. h. die Frage, welche Forderungskategorien clearingpflichtig sind oder des Clearings teilhaftig werden können. Sie wird in erster Linie beantwortet durch den positiven Inhalt der einzelnen Clearingverträge, d. h. sie beurteilt sich nach den Rechtssätzen, welche in den einzelnen Abkommen und den zu ihrer Durchführung erlassenen bundesrechtlichen Vorschriften Clearingpflicht und Clearingberechtigung ordnen. Darüber hinaus sind für bestimmte Forderungskategorien allgemeine Regeln aufgestellt, deren wichtigste im Bundesratsbeschluss vom 28. Juni 1935 über die Zulassung von Warenforderungen zum Zahlungsverkehr mit dem Ausland enthalten sind.
Zu beachten ist, dass trotz Generalklausel (S. 7) kein Clearingabkommen ausnahmslos alle Zahlungen der Clearingpflicht bezw. Clearingberechtigung unterwirft. Könnten nämlich alle Zahlungen transferiert werden, so wäre ein Verrechnungsabkommen gar nicht notwendig. Clearingverträge sind

nicht eine Gegenmassnahme gegen einen mangelnden Zahlungswillen des Vertragspartners, sondern eine Gegenmassnahme im Sinne einer Regelung, wie angesichts der objektiven Unmöglichkeit eines Volltransfers wenigstens gewisse besonders schutzwürdige Kategorien einen Transfer erhalten können [18]).
Der sachliche Geltungsbereich ist demnach verschieden je nach dem System des Clearings, das den einzelnen Abkommen zugrunde gelegt worden ist.

1. Sachlicher Geltungsbereich beim Warenclearing.

Hier beschränkt er sich ausschliesslich auf den gegenseitigen Warenverkehr. Clearingpflichtig und clearingberechtigt sind daher nur die sog. Warenforderungen gegenüber im Clearingausland wohnhaften Schuldnern bezw. Gläubigern. Als Warenforderungen gelten alle Geldforderungen auf Grund des gegenseitigen Warenverkehrs, also aus Kaufvertrag, Werkvertrag, Vermittlung, Umsatz und Spedition. Eine generelle Umschreibung ist nicht voll durchführbar, da die verschiedenen Abkommen voneinander abweichen; jedoch sind in den meisten Fällen clearingpflichtig bezw. clearingberechtigt:

a. Forderungen aus der Lieferung von Waren, einschliesslich der Forderungen aus dem Veredlungs- und Reparaturverkehr.
b. Forderungen für Nebenkosten im Warenverkehr und verwandte Leistungen: Frachten, Zölle, Patentgebühren, Honorare, Löhne, Kommissionen und ähnliche Leistungen an Vertreter, Geschäftsreisende, Angestellte und Arbeiter; auch Regiespesen, Vergütungen für ideelle Leistungen (Lizenzen, Autorenhonorare), Tantiemen usw.

18) Gelpke, S. 33.

Schweizerischerseits ist durch Aufstellung eingehender Ursprungskriterien bestimmt worden, welche Waren, infolge Erzeugung in der Schweiz oder durch wesentliche Bearbeitung als Schweizerwaren gelten und als solche im Wege des Clearings bezahlt werden können.

2. Sachlicher Geltungsbereich beim gemischten Clearing.

Beim gemischten Clearing deckt sich der sachliche Geltungsbereich in Bezug auf Clearingpflicht und Clearingberechtigung nicht. Grundsätzlich bleibt die Clearingpflicht auf Forderungen aus dem Warenverkehr beschränkt, während die Clearingberechtigung nicht nur die, unter dem System des reinen Warenclearings berechtigten Forderungen umfasst, sondern ihren Geltungsbereich auch auf Forderungen ausdehnt, welche nicht dem Warenverkehr angehören. So sind vor allem die sogenannten Finanzgläubiger mit Forderungen aus dem Kapitalverkehr als clearingberechtigt erklärt worden. Ihre Guthaben stammen z.B. aus dem Versicherungs-, Transit- und Reiseverkehr und aus Kapitalinvestitionen.
Entweder werden diese Forderungen mit einer bestimmten prozentualen Quote oder nur subsidiär beim Clearing berücksichtigt. Durch die Beteiligung von Kapitalforderungen soll erreicht werden, dass die in den Vertragsstaaten eingefrorenen Guthaben der schweizerischen Volkswirtschaft wieder zufliessen. Dieser Zweck wurde vielfach nicht oder nur ungenügend erreicht und führte zu starken Enttäuschungen der Kapitalgläubiger.

3. Sachlicher Geltungsbereich beim Totalclearing.

Das Totalclearing ist der Versuch der weitestgehenden Verrechnung des zwischenstaatlichen Zahlungsverkehrs. Obgleich in der Literatur sein Zweck mit der Erfassung der gesamten

Zahlungen umschrieben wird [19]), kann auf die gemachten Ausführungen verwiesen werden, wonach kein Clearingabkommen ausnahmslos alle Zahlungen der Clearingpflicht bezw. Clearingberechtigung unterwirft [20]).
In den Verträgen mit Deutschland und Italien ist das Prinzip des Totalclearings zugrunde gelegt worden. Neben den Forderungen aus dem Warenverkehr werden auch diejenigen aus Dienstleistungen, Reiseverkehr und Kapitalerträgnissen (Zinsen, Dividenden) verrechnet. Nicht unter den sachlichen Geltungsbereich des Clearingrechts fallen hingegen gemäss dem deutsch-schweizerischen Abkommen:

a. Zahlungen aus einem Ausländer-Sonderkonto.
b. Zahlungen im kleinen Grenzverkehr.
c. Zahlungen der schweizerischen PTT und der SBB (Transit).
d. Kapitalzahlungen, sowie Erlöse aus dem Verkauf von Wertpapieren.
e. Zahlungen im deutsch-schweizerischen Versicherungsverkehr.
f. Zahlungen für nichtdeutsche Waren, sowie Seefrachten.
g. Von der Einzahlungspflicht befreite Zahlungen.

Das praktisch wichtige Prinzip, dass Kapitalzahlungen vom Clearingverkehr ausgeschlossen werden, hängt natürlich mit den Gründen zusammen, welche zur Einführung der Devisenbewirtschaftung und des Clearingverkehrs geführt haben, nämlich der Unmöglichkeit eines Transfers sämtlicher Zahlungen. Was man unter Kapitalzahlungen zu verstehen hat, ist weder in den Abkommen noch in den Ausführungsverordnungen näher umschrieben. Die Praxis stellt im wesentlichen auf die Zweckbestimmung ab. Bezweckt die Zahlung eine zinstragende Anlage oder deren Tilgung, so wird

19) So auch Hug, S. 44o.
20) Siehe S. 26. dieser Arbeit.

angenommen, dass es sich um eine nicht-clearingberechtigte Kapitalzahlung handle.
In Bezug auf den ganzen sachlichen Geltungsbereich des Clearingrechts gilt das allgemeine Prinzip, dass im Clearingverkehr grundsätzlich jeder Leistung eine angemessene Gegenleistung entsprechen muss.

II. Persönlicher Geltungsbereich.

Wer als Subjekt der Clearingpflicht unterworfen bezw. der Clearingberechtigung teilhaftig ist, bestimmt nicht das privatrechtliche Schuldverhältnis, sondern das schweizerische Clearingrecht.
Dieses steht auf dem Boden des Domizilprinzips, jedoch einschränkend verbunden mit dem Ursprungs- und dem Verbrauchsprinzip [21]). Subjekte der Clearingpflicht und der Clearingberechtigung können demnach sein alle jene natürlichen Personen, Handelsgesellschaften und juristischen Personen, welche in der Schweiz oder im Fürstentum Liechtenstein [22]) ihr Domizil oder ihren Sitz haben, gleichgültig welcher Nationalität sie sind.
So kann auch der in der Schweiz domizilierte Ausländer clearingpflichtig oder clearingberechtigt sein. Die umstrittene Frage der Staatsangehörigkeit juristischer Personen fällt daher ausser Betracht, da lediglich das Domizilprinzip zur Anwendung gelangt.

21) Darüber siehe § 4. I. sub 1. dieser Arbeit.
22) Die von der Schweiz abgeschlossenen Clearingverträge gelten gemäss Zollunionsvertrag vom 29. März 1923 auch für das Gebiet des Fürstentum Liechtenstein.

§ 3. Die Clearingpflicht.

Dem schweizerischen Clearingschuldner sind durch das Clearingrecht eine Reihe von Rechtspflichten gegenüber der Schweizerischen Verrechnungsstelle, als Träger des Clearings, auferlegt worden.

1. Clearingeinzahlungspflicht.

Die Clearingeinzahlungspflicht ist die öffentlichrechtliche Verpflichtung, eine kraft positiver Bestimmungen eines Verrechnungsabkommens clearingpflichtige Zahlung an die Schweiz. Nationalbank zu leisten, zum Zwecke der Befriedigung schweizerischer Clearinggläubiger.
Diese wichtigste staatsrechtliche Verpflichtung besteht aus dem Clearingvertrag selbst, kraft seiner innerstaatlichen Wirkung[23]). Trotzdem hat der Bundesrat im BRB vom 14. Januar 1932 noch einen ausdrücklichen Gesetzesbefehl erlassen, mit Aufnahme der erforderlichen Strafbestimmungen, um der aus den Verträgen selbst hervorgehenden staatsrechtlichen Verpflichtung die gebührende Nachachtung zu verschaffen.
Die Clearingeinzahlungspflicht entsteht grundsätzlich zugleich mit der privatrechtlichen Verpflichtung zur Zahlung eines Geldbetrages an eine im Clearingausland domizilierte Person.

1. Subjekt.

Die Clearingeinzahlungspflicht knüpft sich im Warenverkehr an den tatsächlichen Vorgang der Überführung von Waren aus dem Vertragsstaat in die Schweiz, und zwar auch dann, wenn keine privatrechtliche Zahlungspflicht vorliegt oder eine solche gegenüber einer nicht im Ursprungsland der Ware domizilierten Person besteht. Subjekt ist daher fast ausschliess-

23) So Vieli, S. 31.

lich der auf der Zolldeklaration bezeichnete Importeur, wobei es weder auf seine Nationalität, noch auf sein tatsächliches oder rechtliches Domizil ankommt. Falls der Warenempfänger nicht mit dem Inhaber des Importkontingentes identisch ist, haftet neben ihm der Kontingentsberechtigte kraft öffentlicher Auflage solidarisch.
Bei Leistungen, welche ihrer Natur nach keiner Zollbehandlung unterliegen können, wie z. B. alle Dienstleistungen, gilt als Subjekt der Clearingeinzahlungspflicht jener Empfänger, welcher die Gegenleistung an den ausländischen Gläubiger üblicherweise schuldet. Das entscheidende Kriterium bildet hier das Domizil des Schuldners, d. h. es wird nicht mehr abgestellt auf den Charakter der Forderung.

2. Objekt.

Soweit Clearingabkommen zwischen der Schweiz und den ausländischen Staaten bestehen, vollzieht sich die Abwicklung der Handelsgeschäfte grundsätzlich nur in Form der Zahlung über das Verrechnungsabkommen [24]). Demnach sind sämtliche Zahlungen, welche in der Schweiz oder im Fürstentum Lichtenstein domizilierte Personen oder Gesellschaften an einen im Clearingausland domizilierten Gläubiger zu leisten haben, im Clearingwege zu begleichen, soweit sie nicht ausdrücklich von der Einzahlungpflicht befreit sind.
Es findet auch in objektiver Hinsicht keine Berücksichtigung des privatrechtlichen Verhältnisses statt, denn es muss zur Alimentierung des Sammelkontos grundsätzlich jeder Leistung eine Gegenleistung gegenüberstehen, also auch dann, wenn die Leistung des einen keine privatrechtliche Verbindlichkeit des andern auslöst (Gegenwerttheorie). Die Befreiung von der Clearingpflicht kann jedoch von der Verrechnungsstelle nach deren Ermessen und im Einverständnis mit dem aus-

24) Ausschliesslichkeit des Clearingverfahrens.

ländischen Clearinginstitut gewährt werden. Bei der Wareneinfuhr darf sie insbesondere dann unter gewissen Voraussetzungen ausgesprochen werden, wenn keine zivilrechtliche Zahlungsverpflichtung vorliegt, sofern das Fehlen dieser Zahlungsverpflichtung nicht durch Handlungen herbeigeführt wurde, die eine Umgehung der Clearingpflicht bedeuten.

Dem Umfange nach ist clearingpflichtig grundsätzlich der vereinbarte Kaufpreis bezw. die anderweitig vereinbarte Vergütung. Liegt Missbrauch vor, z. B. eine Schenkung zwecks Umgehung der Clearingvorschriften, so gilt der Verkehrswert. Weicht dieser beträchtlich vom vereinbarten Preis ab, so steht dem Clearingpflichtigen oder dem Clearingberechtigten der Entlastungsbeweis offen, dass kein Missbrauch vorliegt.

Die Gerichte sind hingegen nicht zuständig, darüber zu befinden, ob eine bestimmte Zahlung clearingpflichtig ist oder nicht. Diese Kompetenz steht ausschliesslich der Schweizerischen Verrechnungsstelle zu, eventuell im Wege der Vernehmlassung oder durch administrativen Entscheid, welcher auf Grund des Schuldbetreibungs- und Konkursverfahrens vollstreckbar ist. Wird die Befreiung von der Einzahlungspflicht verweigert, obwohl kein privatrechtliches Schuldverhältnis vorliegt, so hat der Clearingpflichtige trotzdem in den Clearing einzuzahlen, auszahlbar auf ein im Clearingausland zu eröffnendes, auf den Namen des Einzahlers lautendes Sperrkonto [25]).

Die strenge Durchführung der Clearingeinzahlungsvorschriften durch die Schweiz beruht nicht auf einem Mangel an freien Devisen, sondern auf einer Knappheit an Clearingdevisen. Das schweizerische volkswirtschaftliche Interesse wird verletzt, wenn der schweizerische Importeur in freien Devisen zahlt, statt im Clearingwege. Geschädigt wird unmittelbar die Clearingmasse und mittelbar die Clearinggläubiger. Zur Ver-

25) Näheres siehe Gelpke S. 39.

hütung solcher Umgehungen der Clearingeinzahlungspflicht sind daher Strafvorschriften erlassen [26]).

II. Nachzahlungspflicht.

Voraussetzung für die Nachzahlungspflicht bildet die rechtswidrige Erfüllung einer Clearingschuld bezw. die Nichterfüllung der Clearingeinzahlungspflicht seitens des Clearingschuldners.
Gegner der Nachzahlungspflicht sind Vieli, Jaccard und Rosset [27]). Rosset zitiert den Art. 4 des Bundesratsbeschlusses vom 27. Juli 1934, welcher folgende Bestimmung enthält: Zahlungen, die an deutsche, bezw. in Deutschland ansässige Gläubiger entgegen den Bestimmungen dieses BRB geleistet werden, entbinden nicht von der Einzahlungspflicht an die Schweizerische Nationalbank. Damit geht Rosset von der Voraussetzung aus, dass dieser Art. 4 einen gewissen Strafcharakter habe und daher der im Strafrecht geltende Grundsatz der Unzulässigkeit von Analogieschlüssen zur Anwendung gelange.
Gelpke, als Befürworter der Nachzahlungspficht in der neuesten Literatur [28]), führt dazu u. A. aus: "Richtig ist, dass im Strafrecht nicht mit Analogieschlüssen argumentiert werden darf, aber die Voraussetzung trifft nicht zu, dass Art. 4 strafrechtlichen Charakter habe." Die nachteilige Auswirkung der Nachzahlungspflicht, wegen der damit verbundenen Beeinträchtigung in der Verfügungsfreiheit über den Gegenwert, mag als Strafe empfunden werden, hat aber deswegen noch keine strafrechtliche Bedeutung. Von juristischer Tragweite wäre die Beeinträchtigung nur dann, wenn der Gesetzgeber eine Nebenstrafe beabsichtigt hätte. Die strafrechtlichen Sank-

26) Siehe unten § 12 Ziff. II.
27) Vieli, S. 18; Jaccard, S. 59; Rosset, S. 257.
28) Gelpke, S. 45 ff.

tionen sind jedoch in den speziellen Strafvorschriften abschliessend geregelt.

Die Pflicht zur Nachzahlung der unter Umgehung des Clearings bezahlten Beträge lässt sich durch weitere Argumente rechtfertigen:

1. Die in Art. 2 des Bundesratsbeschlusses vom 14. Jan. 1932 begründete singuläre Einzahlungspflicht an die Schweizerische Nationalbank schliesst ohne weiteres die Pflicht in sich, Beträge, die unter Umgehung des Clearings bezahlt wurden, an die Nationalbank nachzuzahlen. Die Einzahlungspflicht begründet einen selbständigen Anspruch; solange die Einzahlung bei der Nationalbank nicht erfolgt, ist die Rechtspflicht nicht erfüllt, auch wenn das vertragliche Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner auf anderem Wege seine Erledigung gefunden hat. Folglich muss die Zahlung an die Nationalbank nachgeholt werden.

Diese sich aus dem Charakter des Anspruches ergebende logische Konsequenz wird in Art. 4 des Bundesratsbeschlusses vom 27. Juli 1934 ausdrücklich postuliert. Damit ist lediglich wiederholt, was schon nach dem BRB vom 14. Januar 1932 Geltung hatte.

2. Alle Clearingabkommen begründen eine Einzahlungspflicht kraft ihrer innerstaatlichen Wirkung. Wie jeder Rechtspflicht so steht auch der Einzahlungspflicht ein Recht oder ein Anspruch gegenüber. Trotzdem die Gesamtheit der clearingberechtigten Gläubiger berechtigt ist, stellt dieser Anspruch nicht ein Gläubigeranspruch dar. Die Verrechnungsstelle, als Geltendmacherin, erhebt ihn weder im eigenen noch im fremden Namen, weder für eigene noch für Rechnung dem Namen nach bekannter Gläubiger und auch nicht im Auftrag dieser Gläubiger, sondern vielmehr im Auftrage des Bundes. Dabei hat sie die öffentlichen Interessen wahrzunehmen und darf Einzelinteressen in keiner Weise aufkommen lassen.

Der Anspruch, welcher nun dem öffentlichrechtlichen Gebot der Clearingeinzahlungspflicht gegenübersteht, ist ebenso ein öffentlichrechtlicher Anspruch, bedingt durch eine grundsätzlich privatrechtliche Leistung. Steht dies fest, so muss dieser Anspruch auch mit öffentlichrechtlichen Mitteln vollstreckbar sein. Wird er in der Folge durch Umgehung der Einzahlungspflicht verletzt, so besteht das Mittel zur Herstellung der öffentlichen Interessen lediglich in der Nachzahlung des Betrages.

III. Verwaltungspflichten.

1. Auskunftspflicht.

Sie ist in den bundesrechtlichen Vorschriften nicht genau umschrieben worden, ergibt sich aber daraus, dass ihre Nichterfüllung bestimmte Rechtswirkungen auslöst, so vor allem die im Folgenden erwähnte Duldungspflicht.
Subjekte der Auskunftspflicht sind alle am Clearingverkehr beteiligten natürlichen und juristischen Personen. Objekt dagegen ist jede Auskunft, soweit sie für die Abklärung des Tatbestandes im Interesse eines geordneten internationalen Zahlungsverkehrs erforderlich erscheint, speziell über alle Forderungen des Clearingschuldners gegenüber Gläubigern im Vertragsstaat. Unrichtige Auskunft oder das Verschweigen wesentlicher Tatsachen ist strafbar.

2. Duldungspflicht.

Als stärkerer Eingriff in die Rechtssphäre der Clearingschuldner besteht sie darin, dass in der Schweiz domizilierte natürliche oder juristische Personen unter gewissen Voraussetzungen verpflichtet sind, eine Kontrolle (Bücherrevision oder Warenkontrolle) durch Beamte der Schweizerischen Verrechnungsstelle zu dulden.
Voraussetzung dieser Duldungspflicht kann sein die ungenü-

gende Erfüllung der Auskunftspflicht oder das Vorliegen eines begründeten Verdachtes, dass ein Clearingschuldner die Vorschriften über den Verrechnungsverkehr verletzt hat. Wird die Duldungspflicht verweigert, so ist eine Bestrafung wegen Hinderung behördlicher Massnahmen vorgesehen.

3. Unterlassungspflicht.

Art. 8 des Bundesratsbeschlusses vom 14. Januar 1932 hat den Clearingschuldnern ausdrücklich verboten, den Gegenwert einer clearingpflichtigen Forderung anders als durch Einzahlung an die Schweizerische Nationalbank zu leisten. Diese Pflicht zur Unterlassung clearingwidriger Handlungen stellt das blosse Gegenstück zur Clearingeinzahlungspflicht dar. Erfüllung oder Unterlassung dieser wirken sich gleichermassen auch auf jene aus. Das Verbot erstreckt sich unter Androhung von Sanktionen auf alle Arten der Schuldentilgung, wie z.B. die Verfügung über Forderungen durch Verrechnung, die Einzahlung oder Überweisung auf Konten, welche dem Verfügungsrecht des Gläubigers unterstehen, sowie die Hingabe von Sachen an Zahlungsstatt oder zahlungshalber.
Eine direkte Zahlung an den Gläubiger, seinen Stellvertreter oder Beauftragten stellt selbstverständlich dann keinen Verstoss gegen die Unterlassungspflicht dar, wenn jene von der Verrechnungsstelle genehmigt wird.

§ 4. Die Clearingberechtigung.

Auf Grund der Clearingabkommen, sowie der bundesrechtlichen Vorschriften hat der Clearinggläubiger einen Auszahlungsanspruch inne gegenüber der Schweizerischen Verrechnungsstelle, welcher sich auf das Vorhandensein eines zivilrechtlichen Anspruches stützt. Das objektive Recht schafft also ein Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Clearinggläubiger, das im Folgenden zu erläutern sein wird.
Hierbei stellt die Verrechnungsstelle verbindlich die Clearingberechtigung einer Forderung und ihres Trägers fest, doch kann sie diese Entscheidung nur im Rahmen der aufgestellten Rechtsvorschriften treffen. Das Rechtsverhältnis erfährt seine Prägung durch die hoheitliche Gewalt der Verrechnungsstelle, auch wenn sie die Auszahlung an den Clearinggläubiger nicht von weiteren Voraussetzungen oder Bedingungen abhängig machen darf, als im objektiven Recht selbst vorgesehen sind.

I. Voraussetzungen der Clearingberechtigung.

1. Subjektive Voraussetzung.

Entscheidend für die Clearingberechtigung ist zunächst die Person des Gläubigers, wobei entsprechend dem Zweck der Clearingabkommen nicht auf die Nationalität des Gläubigers abgestellt wird, sondern in erster Linie das Domizilprinzip zur Anwendung gelangt. Darnach ist in allgemeiner Weise für die subjektive Berechtigung massgebend, ob das Subjekt in der Schweiz oder im Fürstentum Liechtenstein Wohnsitz oder seine geschäftliche Niederlassung hat, bezw. bei juristischen Personen, ob sie im Schweizerischen Handelsregister eingetragen sind.
Zum Domizilprinzip ist nun zu bemerken, dass der clearingrechtliche Begriff des Wohnsitzes sich mit dem privatrechtli-

chen Begriff (Art. 23 ZGB) scheinbar nicht deckt. Es wird nicht allein auf das Kriterium des "Aufenthaltes mit der Absicht dauernden Verbleibens" abgestellt, sondern zugleich geprüft, ob es wahrscheinlich ist, dass die Auszahlungen zu Lasten des Clearingverkehrs auch vorwiegend in der Schweiz verbraucht werden. Indessen handelt es sich hier um das Verbrauchs- oder "Befruchtungs-prinzip"[29]), das als weiteres Kriterium erfüllt sein muss, damit die Clearingberechtigung eines Subjektes anerkannt werden kann.

2. Objektive Voraussetzung.

Objekte der Clearingberechtigung sind sodann gewisse privatrechtliche Geldforderungen gegenüber im Clearingausland wohnhaften Schuldnern.
Bei Forderungen aus dem Warenverkehr treten das Domizil- und das Verbrauchsprinzip hinter das Ursprungsprinzip zurück, wodurch die Clearingberechtigung vom Nachweis des schweizerischen Ursprungs der ausgeführten Waren abhängig gemacht wird. Soweit sich die Zahlungen auf Dienstleistungen beziehen, muss in entspechender Weise eine vorwiegend schweizerische Leistung vorliegen, ansonst die Clearingberechtigung des Zahlungsauftrages nicht anerkannt werden kann.

II. Anspruch des Clearinggläubigers.

1. Entstehung des Anspruches.

Der Auszahlungsanspruch des schweizerischen Clearinggläubigers gegenüber der Verrechnungsstelle entsteht nicht bereits mit der Fälligkeit der clearingberechtigten Forderung. Vielmehr wird der Clearingschuldner auf Grund der Verrechnungsabkommen verpflichtet bei Fälligkeit seine Schuld an die Verrechnungsstelle seines Landes zu begleichen. Durch

29) So Gelpke, S. 25.

die Einzahlung entsteht eine Devisenforderung der Clearingstelle des Gläubigerstaates gegenüber derjenigen des Schuldnerstaates, welche Devisenforderungen nun gegenseitig verrechnet und damit erfüllt werden.
Ohne Einzahlung des ausländischen Schuldners entsteht natürlich keine Forderung der Schweizerischen Verrechnungsstelle, und es kann daher eine Verrechnung nicht erfolgen.
Dieses Forderungsrecht der Schweizerischen Verrechnungsstelle gegenüber der ausländischen, wie es durch die Rechtssätze der Clearingabkommen geordnet wird, ist in der Folge Voraussetzung dafür, dass ein Rechtsanspruch des schweizerischen Gläubigers ihr gegenüber entstehen kann [30]). Also begründet die Einzahlung des ausländischen Schuldners bei seiner Clearingstelle die Verpflichtung der Schweizerischen Verrechnungsstelle, den schweizerischen Gläubiger zu befriedigen. Mit andern Worten entsteht der Clearingauszahlungsanspruch des schweizerischen Gläubigers mit der Einzahlung seines ausländischen Schuldners auf Verrechnungskonto, und zwar gleichgültig ob und wann die betreffende Clearingstelle den Betrag der Schweizerischen Verrechnungsstelle gutschreibt oder avisiert.
Weder die Verrechnungsstelle noch die Nationalbank haben indessen bezüglich des Clearingauszahlungsanspruches die Stellung eines Schuldners. Schuldner ist ausschliesslich die Clearingmasse, vertreten durch die Schweizerische Verrechnungsstelle. Ihre Stellung gleicht vielmehr derjenigen eines Treuhänders, deckt sich aber nicht damit, weil kein privatrechtlicher Auftrag vorliegt, sondern eine öffentlichrechtliche Funktion. Ihre Tätigkeit ist beherrscht von dem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz der "Gesetzmässigen Verwaltung, d.h. der Bindung an die Sätze des objektiven Rechts" [31]).

30) Dieser Auffassung ist Hug, S. 497.
31) Vgl. Fleiner, S. 130 ff.

2. Umfang des Anspruches.

Da die Devisenforderung der Schweizerischen Verrechnungsstelle eine rechtliche Voraussetzung für den Auszahlungsanspruch des Gläubigers bildet, so bestimmt sich auch sein Anspruch nach der Grösse der Devisenforderung. Tatsächlich wird dem Clearinggläubiger nicht derjenige Betrag ausbezahlt, welchen er auf Grund des privatrechtlichen Schuldverhältnisses fordern könnte, sondern lediglich das Realisationsergebnis der schweizerischen Devisen-Forderung. Dem Umfange nach bestimmt sich also der Auszahlungsanspruch des schweizerischen Clearinggläubigers stets nach dem Umfange der Forderung, welche die Schweizerische Verrechnungsstelle durch die Einzahlung des ausländischen Schuldners gegenüber seiner Verrechnungsstelle erhält.

3. Fälligkeit des Anspruches.

Die Fälligkeit ist nicht identisch mit der Entstehung des Auszahlungsanspruches, sondern ihrerseits an verschiedene Voraussetzungen, teils materieller, teils formeller Art gebunden, welche sich als echte Rechtsbedingungen dartun. Erst mit ihrer aller Erfüllung wird der Anspruch des Clearinggläubigers gegenüber der Verrechnungsstelle zur Auszahlung fällig.

a. Die wichtigste materielle Voraussetzung ist nun diejenige der Verrechnungsmöglichkeit, d. h. die Devisenforderungen der Schweizerischen Verrechnungsstelle müssen gegenüber derjenigen der ausländischen Clearingstelle zur Verrechnung und damit zur Tilgung gelangen können. Erst dann werden die Forderungsbeträge in der chronologischen Reihenfolge, in der die Einzahlungen im Auslande getätigt wurden, an die schweizerischen Clearinggläubiger ausbezahlt, bedingt zwar vom Vorhandensein einer genügenden Clearingmasse.

Die letztere Bedingung ist jedoch rein theoretischer Natur, denn der Auszahlungsanspruch hängt nicht davon ab, ob hinreichende Mittel vorhanden sind. Es soll damit lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass begrifflich ein Auszahlungsanspruch nur gegenüber der Clearingmasse besteht und derselbe nicht bloss eine Einzahlung bei der Verrechnungsstelle des Clearingauslandes, sondern auch eine Alimentierung des Clearings im Inland voraussetzt.
Mangels genügender Guthaben wird die Auszahlung erst nach Eingang neuer Beträge vorgenommen unter Berücksichtigung der ältesten Auszahlungsansprüche. Daher stellt die Bestimmung der Clearingabkommen bezüglich der chronologischen Reihenfolge in der Auszahlung nicht nur eine Verwaltungsvorschrift interner Natur dar, sondern begründet einen Satz des objektiven Rechts, der über die Fälligkeit des Auszahlungsanspruches des schweizerischen Clearinggläubigers entscheidet [32]).

b. Eine weitere Voraussetzung materieller Natur ist jene der Bezugsberechtigung. Dadurch hängt die Fälligkeit schweizerischer Auszahlungsansprüche vom Verteilungsschlüssel der einzelnen Clearingabkommen ab. Die meisten Abkommen unterscheiden bestimmte Kategorien, z.B. Waren- und Finanzforderungen, wobei gewöhnlich jeder Kategorie nur eine Quote der gesamten Einzahlungen zugewiesen wird oder ausnahmsweise die verschiedenen Kategorien von Forderungen nicht gleichzeitig, sondern nacheinander zum Zuge kommen sollen [33]).

32) So Hug, S. 502.

33) Im deutsch-schweizerischen Verrechnungsabkommen vom 18. Juli 1941 werden die schweizerischen Exportforderungen (Warenverkehr) im Rahmen von 40 Prozent der Basisjahre 1933/34 berücksichtigt. 12 Prozent der Einfuhrbeträge werden reserviert für die Bestreitung der Guthaben schweizerischer Finanzgläubiger in Deutschland.

Je nach der Zugehörigkeit zur einen oder andern Kategorie, können Forderungen gleichen Alters zu ganz verschiedenen Zeitpunkten berücksichtigt werden bezw. ihre Fälligkeit erlangen. Auch hier handelt es sich nicht nur um Anweisungen an die Verrechnungsstelle zur technischen Durchführung des Clearingverkehrs, sondern um Rechtssätze, welche die Fälligkeit des Anspruches des schweizerischen Clearinggläubigers gegenüber der Clearingmasse bestimmen.

c. Eine Voraussetzung formeller Natur knüpft sich an die Person des Clearinggläubigers. Zwecks Feststellung der Fälligkeit hat dieser seine Forderung bei der Schweizerischen Verrechnungsstelle vorschriftsgemäss anzumelden und den rechtzeitigen Nachweis zu erbringen, dass er Subjekt dieser clearingberechtigten Forderung ist.
Es begründet daher diese Voraussetzung eine positive Handlungs- und Auskunftspflicht des Clearinggläubigers, welche mit ihrer Erfüllung die ordnungsgemässe Durchführung des Verrechnungsverkehrs erleichtert.

III. Rechtsnatur des Anspruches.

Der Auszahlungsanspruch des Clearinggläubigers gegenüber der Schweizerischen Verrechnungsstelle ist auf Grund des objektiven Rechts im öffentlichen Interesse eingeräumt worden.
Daraus müssen wir folgern, dass auch das Rechtsverhältnis zwischen dem Clearinggläubiger und der Verrechnungsstelle dem öffentlichen Rechte angehört. Sind die aufgestellten Voraussetzungen aus Staatsverträgen und autonomen Vorschriften erfüllt, so steht demnach dem Gläubiger ein öffentlichrechtlicher Anspruch zu. Hug [34]) vertritt hierzu den Standpunkt, dass der Rechtsanspruch nicht nur einen Gesetzesvoll-

34) Hug, S. 506.

ziehungsanspruch darstelle, sondern ein "subjektives öffentliches Recht." Der vom objektiven Recht angestrebte Erfolg soll in individualistischer Form herbeigeführt, der Anspruch des Clearinggläubigers verstärkt und verselbständigt werden.

Für diese Auffassung spricht in der Tat der Umstand, dass das Clearingrecht im Interesse der Clearinggläubiger geschaffen wurde und ferner die Tatsache, dass gegen alle Verfügungen der Verrechnungsstelle das Rekursrecht offen steht. Die Möglichkeit des Rekurses an die Schweizerische Clearingkommission besteht innerhalb einer Frist von 30 Tagen [35]), wobei deren Entscheide wiederum innert 30 Tagen an das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement weitergezogen werden können. Gegen Entscheide des Volkswirtschaftsdepartementes kann innert 30 Tagen die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat[36]) ergriffen werden.

Solange das Rekursverfahren im Clearingrecht nicht näher umschrieben ist, darf angenommen werden, dass Art. 95 - 99 OG und Art. 18 des Reglementes für die Eidg. Zollrekurskommission in analoger Weise zur Anwendung gelangen.

Bestreiten die Clearingbehörden den Auszahlungsanspruch aus einem clearingrechtlichen Grunde, so steht der Rekursweg im Verwaltungsverfahren offen. Bestreiten sie dagegen den Auszahlungsanspruch, weil sie die privatrechtliche Forderung in prinzipieller oder quantitativer Hinsicht verneinen, so muss der Anspruch auf dem Wege der Feststellungsklage vor dem ordentlichen Richter geltend gemacht werden. Auf dem Wege der Betreibung kann der Clearinggläubiger seinen Anspruch vollstrecken lassen.

---

35) Gemäss Verfügung des EVD vom 3. Juni 1936.

36) Gemäss Bundesgesetz über die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928, Art. 22 ff.

§ 5. Die Rechtsnatur des Clearings.

In diesem Abschnitt soll die Behandlung des objektiven Clearingrechts für die vorliegende Arbeit abgeschlossen und gleichsam abgerundet werden durch eine Aufzeichnung der Rechtsnatur des Clearings.
Das Ziel, welches durch den Abschluss von Clearingverträgen angestrebt wird, ist der devisenlose Zahlungsverkehr durch kollektive Verrechnung. Zur Erreichung dieses Zieles bestimmen die Clearingverträge, dass in beiden Vertragsstaaten die clearingpflichtigen Zahlungen beschlagnahmt und auf ein Konto geleitet werden, das jeder Staat im Lande des Vertragspartners errichtet. Über die dermassen entstehenden Guthaben können die Vertragsstaaten nur für vertraglich umschriebene Zwecke verfügen, nämlich zur Befriedigung von clearingberechtigten Ansprüchen der Gläubiger des Partnerlandes.

1. Kollektive Verrechnung.

Die clearingrechtliche Verrechnung ist keine Verrechnung im Sinne von Art. 120 OR, wonach es sich um einen individuellen Vorgang handelt, welcher durch privatrechtlichen Gestaltungsakt gleichartige Forderungen zwischen zwei Personen vernichtet.
Sie ist vielmehr ein Vorgang kollektiver Art, wobei eine unbestimmte Vielheit von Einzelforderungen der Gläubiger eines Landes mit den Forderungen der Gläubiger eines andern Landes laufend verrechnet werden. Sie ist im weitern eine öffentlichrechtliche, zwischenstaatliche Verrechnung, welche sich nur zwischen den Verrechnungsstellen der Vertragsstaaten abspielt, auf Grund der in den Clearingabkommen aufgestellten Rechtssätze.

Diese Rechtssätze erzeugen eine völkerrechtliche Bindung der Vertragsstaaten zur Vornahme der clearingrechtlichen Kollektivverrechnung und zur Sicherstellung ihrer Durchführung. Damit kommt es zu einem Eingriff des Staates in die Rechtsstellung seiner Clearingsubjekte, was im zweiten Teil der Arbeit festgehalten wird.

II. Beschlagnahme und Einziehung clearingpflichtiger Forderungen.

1. Beschlagnahme.

Um die Kollektivverrechnung der clearingberechtigten Forderungen vornehmen zu können, muss der Staat durch hoheitlichen Befehl die Forderungen der ausländischen Clearinggläubiger gegenüber schweizerischen Clearingschuldnern mit Beschlag belegen. Das Bundesgericht hat diese wirtschaftspolitische Massnahme als eine „öffentlich-rechtliche Beschlagnahme" zugunsten der Gesamtheit der schweizerischen Gläubiger bezeichnet[37]).

Diese Vinkulierung einer Gesamtheit von Forderungen der Gläubiger im Vertragsstaate ist nicht identisch mit blossen Zahlungsverboten, sondern bedeutet eine Sperre der clearingpflichtigen Forderungen, um den schweizerischen clearingberechtigten Gläubigern die Zugriffsmöglichkeit darauf zu gewährleisten.

Die Beschlagnahme ist ein öffentlichrechtlicher Vorgang[38]) und begründet ein negatives Herrschaftsrecht d.h. eine allgemeine staatliche Herrschaftsgewalt über die erfassten Forderungen, die rein rechtlicher und nicht tatsächlicher Natur

37) BGE 61 III 207; 62 I 200.

38) Er wird durchgesetzt mit den Mitteln des öffentlichen Rechts durch Aufsicht, Zwang und Strafe.

ist. Derselbe Fall liegt vergleichsweise im Zwangsvollstrekkungsverfahren vor bei Pfändung, Konkurs und Arrest, indem die Forderungen des Schuldners gegenüber Dritten vom Staat zugunsten der Gläubiger vinkuliert werden [39]).
Entsprechend ihrer Rechtsnatur äussert die clearingrechtliche Beschlagnahme primär öffentlichrechtliche Wirkungen. So begründet sie einerseits ein Herrschaftsrecht des Trägers des Beschlagsrechtes und andererseits diesem gegenüber öffentlichrechtliche Lasten und subjektive öffentliche Pflichten, sowohl des ausländischen Clearinggläubigers wie des schweizerischen Clearingsschuldners. Dabei handelt es sich nicht nur um die Begründung eines ausschliesslich öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses, sondern um Eingriffe in privatrechtliche Beziehungen und Befugnisse.
Das Beschlagsrecht des Clearings geht jedem Privatrecht vor; es prävaliert auch gegenüber der betreibungsrechtlichen Beschlagnahme, so dass alle clearingpflichtigen Forderungen dem Zugriff von Seiten privater Personen im Wege der Zwangsvollstreckung entzogen sind. Und zwar bestehen in dieser Richtung nicht nur relative Wirkungen zugunsten des Staates bezw. des Trägers des Beschlagsrechtes, sondern „absolute Wirkungen"; somit können sich auch Clearinggläubiger und Clearingschulder gegenüber Dritten auf die Unzulässigkeit des betreibungsrechtlichen Beschlages berufen [40]).

Die Anordnung der Forderungsbeschlagnahme durch das Clearingrecht bedeutet vorerst lediglich eine Sicherstellung, ein Mittel zum Zweck. Darum statuiert dieses im weitern die Clearingeinzahlungspflicht, auf Grund deren die Einzahlung positiv zu erfolgen hat. Das durch die Beschlagnahme begründete Rechtsverhältnis zwischen dem Träger des Beschlags-

39) Blumenstein, Sch.K.G. Art. 99, 2o5.
40) So Hug, S. 466.

rechtes und den an der Clearingforderung beteiligten Rechtssubjekten endigt regelmässig mit dieser Zahlung an die Schweizerische Nationalbank.

2. Einziehung.

Neben das erwähnte negative tritt der Sicherheit halber ein positives Herrschaftsrecht zugunsten der Schweizerischen Verrechnungsstelle. Wir können es als "Einziehungsrecht"[41]) bezeichnen, das als solches die Verrechnungsstelle ermächtigt, Zahlung an die Schweizerische Nationalbank zu verlangen.
Dem Einziehungsrecht entsprechen öffentlichrechtliche Pflichten des Cearingschuldners, welche im Abschnitt über die Clearingpflicht (§ 3) behandelt worden sind.

41) Hug, S. 467.

ZWEITER TEIL

DIE BESCHRÄNKUNG DER VERTRAGSFREIHEIT

§ 6. Das Problem der Vertragsfreiheit.

Um die „Beschränkung" der Vertragsfreiheit durch das Clearingrecht zeigen zu können, ist es vorerst notwendig sich über den Begriff und die Bedeutung desjenigen Rechtsgebietes klar zu sein, in das eingegriffen wird. Deshalb stellt sich uns die nächste Aufgabe das Privatrecht, die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit kurz zu umreissen.

I. Privatautonomie.

1. Wesen.

Die rechtlichen Beziehungen der Menschen untereinander können, abstrakt gesehen, vom Staate auf drei Arten geregelt werden[1]). Einerseits kann der Gesetzgeber das ganze Rechtsgebiet durch zwingende Normen ordnen[2]) oder andererseits alles der willkürlichen Verfügung durch die Privaten überlassen. Man bezeichnet daher diese beiden Möglichkeiten als heteronome bezw. autonome Regelung. Schliesslich kann der Gesetzgeber eine Mischung der beiden Ordnungen vornehmen, indem er gewisse Beziehungen zwingend niederlegt und andere zur freiwilligen Ausgestaltung den Privaten übergibt.
Wohl keine Rechtsordnung steht ausschliesslich auf dem Boden der staatlich-zwingenden Regelung und keine ist vollständig privat-autonom orientiert; denn die erste Möglichkeit wäre

1) Oftinger, Gesetzgeberische Eingriffe, S. 496.
2) Sein Mittel ist die zwingende, mit Sanktionen durchgesetzte öffentliche Ordnung.

die Verwirklichung einer rein kollektivistischen Rechtsordnung, die zweite die einer rein individualistischen. Also gibt es keine Staaten, die rein kollektivistisch oder rein individualistisch organisiert sind. In Wirklichkeit gehört jede konkrete Rechtsordnung der dritten erwähnten Art an, welche einen Kompromiss zwischen heteronomer und autonomer Regelung darstellt.

Dabei zeichnet sich die autonome Sphäre dadurch aus, dass es die Rechtssubjekte selber sind, welche ihre Beziehungen nach ihrem Gutdünken festlegen. Die Befugnis dazu bezeichnet man als Privatautonomie. Sie ist von Oftinger[3]) als die „leitende Idee des Privatrechts" umschrieben worden.
Die Privatautonomie ist den Rechtssubjekten vom Staate verliehen d. h. sie rührt nicht aus ihrem eigenen Machtbereich. Sie ist indessen immer dann gegeben, wo nicht eine zwingende Norm ausdrücklich das Gegenteil besagt. Die Domäne, wo normalerweise die Privatautonomie vorherrscht, ist das Privatrecht; und das Mittel, dessen sie sich vornehmlich bedient, ist das Rechtsgeschäft. Nach Burckhardt[4]) ist der Begriff des Rechtsgeschäftes als der zentrale Begriff des Privatrechts zu betrachten.

2. Inhalt.

Die Privatautonomie besteht inhaltlich aus den vier zivilistischen Freiheiten, welche da sind:

a. Rechtsgeschäftliche Freiheit.
b. Assoziationsfreiheit.
c. Freiheit des dinglichen Rechts.
d. Persönlichkeitsfreiheit.

Diese Freiheiten sind nicht absoluter Art, sondern bestehen innerhalb von zahlreichen Schranken, aufgestellt durch zwin-

3) Oftinger, Privatrecht und Staatsstruktur, S. 225 ff.
4) Burckhardt, in „Orgnisation" und „Methode."

gende Normen der Gesetzgebung. Das Verhältnis zwischen Freiheit und Schranke ist in der Weise aufzufassen, dass die Schranken als „vorexistierend" [5]) zu denken sind. Sie müssen demnach immer ausdrücklich statuiert sein, sonst gilt der Grundsatz der Privatautonomie. Zufolge der wirtschaftlichen Umwälzungen und zufolge des Weltkrieges wurden in jüngerer und jüngster Zeit die Schranken sehr zahlreich. Solange sie als Ausnahmen erscheinen bleiben die zivilistischen Freiheiten trotzdem das Merkmal des Privatrechts.
In der vorliegenden Arbeit wird uns nun lediglich die rechtsgeschäftliche Freiheit und im besondern die Vertragsfreiheit beschäftigen.

II. Vertragsfreiheit.

1. Inhalt und Schranken.

Der Vertrag ist das wichtigste Rechtsgeschäft. Demnach bedeutet die Vertragsfreiheit der Hauptfall der rechtsgeschäftlichen Freiheit und umfasst namentlich vier Kategorien, nämlich:

a. die Freiheit einen bestimmten Vertrag abzuschliessen oder nicht;
b. die Freiheit der Wahl einer allfälligen Gegenpartei;
c. die Freiheit der Gestaltung des vertraglichen Inhalts;
d. die Freiheit einen bestehenden Vertrag aufzuheben.

Ist von Vertragsfreiheit die Rede, so hat man gewöhnlich die Kategorie der Freiheit der Gestaltung des vertraglichen Inhalts im Auge [6]). Die oben bereits erwähnten sogenannten Schranken des Rechtsgeschäftes oder des Vertrages werden

5) Oftinger, S. 227.
6) Vgl. Art. 19 I, OR.

meistens hierauf bezogen. Damit wird die Privatautonomie negativ umschrieben, d. h. die Rechtsordnung zählt auf, was nicht Inhalt eines Rechtsgeschäftes bezw. Vertrages sein darf.

Die dermassen aufgestellten Schranken sind (Art. 19 und 20 OR): Diejenige der Möglichkeit [7]), der guten Sitten, diejenige des Rechtes der Persönlichkeit und die Schranke der Widerrechtlichkeit. Diese letzte ist der Inbegriff derjenigen Normen, welche aus Gründen des öffentlichen Interesses die Privatautonomie beschränken. Dazu zählt man alle Vorschriften, die zum öffentlichen Recht gehören, aber auch alle jene, welche innerhalb des Privatrechtes Gebote und Verbote setzen.
Bei sämtlichen vier Kategorien der Vertragsfreiheit besteht nun die Möglichkeit eines Zwanges, gleichgültig ob positiv (Gebot) oder negativ (Verbot). Dieser Zwang ist ein Eingriff in die Vertragsfreiheit und das kann nur folgendes bedeuten:

a. dass es zwingende Vorschriften sind, durch welche die Eingriffe erfolgen, und
b. dass durch sie die Privatautonomie beschränkt wird bezw. dem Vertrag Schranken auferlegt werden.

2. Staatsrechtliche Umgrenzung.

Im Zusammenhang mit dem Verfassungsrechte sei betont, dass die Vertragsfreiheit eine Manifestation der Freiheitsidee ist und ihren staatsrechtlichen Ausdruck im Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit hat (BV Art. 31). Auf Grund dieser Bestimmung pflegte der Bund Zurückhaltung in der Organisation der Wirtschaft, um der freien Konkurrenz Raum zu lassen. Da diese sich ausschliesslich des Rechtsgeschäftes

7) Durch zwingende Vorschrift kann der Inhalt eines Vertrages, der logisch, arithmetisch und naturgesetzlich möglich ist, zu einem juristisch unmöglichen gemacht werden.

bedient, wird die Handels- und Gewerbefreiheit durch das Rechtsgeschäft ausgeübt.

Jede Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit schmälerte bisher und verengert in Zukunft das Anwendungsgebiet des Rechtsgeschäftes und hat einschneidende Konsequenzen auf dem Gebiete der Vertragsfreiheit. Eine völlige Aufhebung der Handels- und Gewerbefreiheit würde zum mindesten die schuldrechtlichen Verträge so gut wie gegenstandlos machen. Denn eine absolut verstaatlichte Wirtschaft würde nicht mehr durch Verträge handeln, sondern durch Verwaltungsakte.

Politische und staatsrechtliche Wandlungen berühren also das Privatrecht, das als Rechtsgebiet keine Sonderexistenz besitzt genau gleich wie das öffentliche Recht. Beide Gebiete ruhen auf im wesentlichen gleichen ideellen Grundlagen, so dass sich Strukturänderungen auf der einen Seite notwendig auf der andern bemerkbar machen müssen [8]).

8) Oftinger, S. 228.

§ 7. Die Einwirkung des öffentlichen Rechts auf das Privatrecht.

I. Allgemeine Einwirkung.

Das öffentliche Recht einerseits als Inbegriff der zwingenden staatlichen Normen ist unnachgiebiges, zwingendes Gesetzesrecht.

Das private Recht anderseits, also die rechtsgeschäftlichen Normen mitsamt den sie ergänzenden nachgiebigen Normen des Gesetzes, ist nachgiebiges Gesetzesrecht. Mit dieser Gegenüberstellung haben wir bereits die Erkenntnis gewonnen, dass das öffentliche Recht das primäre Recht ist und daraus resultiert der allgemein gültige und entscheidende Grundsatz, dass öffentliches Recht dem Privatrecht vorgeht und dieses sogar im Kollisionsfalle ausschliesst.

Anders ausgedrückt handelt es sich beim öffentlichen Recht um Rechtssätze, welche der öffentlichen Ordnung angehören und daher im Sinne von Art. 19 II OR eine abweichende Vereinbarung unter den Parteien nicht gestatten.

Das Clearingrecht enthält öffentlichrechtliche als auch privatrechtliche Rechtssätze. Die ersteren dienen dem Schutze der öffentlichen Interessen [9]), die privatrechtlichen dem Schutze des Einzelgläubigers [10]). Sowohl die öffentlichrechtlichen wie die privatrechtlichen Grundsätze des Clearingrechts, letztere ihres speziellen Charakters wegen, gehen dem Privatrecht vor [11]).

Soll diese Erkenntnis uns überzeugen, so muss sie genauer untersucht und präziser ausgedrückt werden. Demgemäss sind Rechtsgeschäfte — sowohl Verpflichtungs- wie Verfügungsgeschäfte — die gegen das öffentliche Recht verstossen, nach

9) z. B. die öffentlichrechtliche Einzahlungspflicht.

10) z. B. das Klagerecht des Einzelgläubigers auf Erfüllung im Clearingwege.

11) So auch Gelpke, S. 16.

den Regeln des Zivilrechts nichtig, weil sie rechtswidrig sind. Es handelt sich hier um Art. 20 I OR, wonach ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat nichtig ist.
Teilnichtigkeit kann eintreten, wenn bloss einzelne Teile des Vertrages einen Mangel aufweisen. Dann sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre (Art. 20 II OR).
Im weitern muss noch die Vorbehaltsklausel des intertemporalen Privatrechts Art. 2 Einführungsbestimmungen ZGB herangezogen werden. „Vorschriften des bisherigen Rechtes, die nach der Auffassung des neuen Rechtes der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit widersprechen, finden nach dessen Inkrafttreten keine Anwendung mehr." Zufolge dieses Artikels sind Rechtsgeschäfte oder Vertragsklauseln, welche gegen das Clearingrecht verstossen, selbst dann unverbindlich, wenn sie vor dem Inkrafttreten des Clearingrechts bezw. Clearingvertrages abgeschlossen wurden.

II. Besondere Einwirkung.

Das Clearingrecht ist Verwaltungsrecht, d. h. auf die Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung zugeschnittenes öffentliches Recht. Die Verwaltung ist grundsätzlich nach öffentlichem Verwaltungsrecht zu führen und soweit solches vorhanden ist, muss es als zwingendes Recht allen Betroffenen gegenüber gleichmässig angewendet werden.
Beim Schweigen des Gesetzes ist auf den Grundsatz zurückzugreifen, dass jedes Rechtssystem aus sich selbst zu ergänzen ist bezw. im besonderen jede Auslegung und jede Lükkenausfüllung stets aus dem eigenen Gedankengut heraus zu erfolgen hat. Das öffentliche Recht darf nicht durch Heranziehung privatrechtlicher Bestimmungen im Wege der Ana-

logie ergänzt werden, weil das Privatrecht andere Voraussetzungen hat und andere Zwecke verfolgt. Darum geht die herrschende Lehre dahin, dass das Privatrecht nicht einmal analogieweise zur Auslegung im Verwaltungsrecht herangezogen werden kann [12]).

Im Zusammenhang mit dem Verwaltungsrecht sei hier noch eine Frage erörtert, die teilweise in die Wirtschaftspolitik hineingreift.

Der Interventionismus d. h. die Auswirkung der staatlichen Wirtschaftspolitik seit dem Jahre 1931 kennzeichnet sich dadurch gegenüber demjenigen früherer Epochen, in welchen hauptsächlich indirektere Mittel der staatlichen Wirtschaft und Wirtschaftslenkung [13]) Anwendung fanden, dass der Gesetzgeber auch vor Eingriffen in das Privatrecht nicht zurückschreckt.

Der heutige Interventionismus darf deshalb auch nicht als System der Wirtschaftspolitik charakterisiert werden. Es ist vielmehr eine wirtschaftspolitische Epoche, in welcher der Staat wohl an zahllosen Stellen des Wirtschaftsgefüges, aber weder planmässig, noch systematisch interveniert. Er tut dies, weil er grundsätzlich noch auf dem Boden des wirtschaftlichen Liberalismus steht, sich aber durch das „Versagen des freien Spiels der Kräfte und die Gefährdung von schutzwürdigen Interessen auf Schritt und Tritt zu Eingriffen genötigt sieht [14]).

In ähnlicher Weise umreisst Ernst Wetter die gegenwärtige wirtschaftspolitische Epoche: „Der Interventionismus macht sich immer breiter. Nicht etwa, weil er bewusst als System aufgestellt worden wäre, wohl aber, weil er aus der innern Wirtschaftsnotwendigkeit heraus organisch wuchs."

12) Fleiner, Institutionen, S. 56 und 61.
Ruck, Verwaltungsrecht, S. 25.
13) Zoll-, Währungs- und Subventionspolitik.
14) Jöhr W. A., Interventionismus.

Solche Eingriffe sind negative Massnahmen, durch welche eine unerwünschte Ausübung der Privatautonomie beschränkt wird; Massnahmen hingegen, durch welche Pflichten zu einem positiven Tun auferlegt werden, sind selten. Damit bleibt es trotz aller „Aushöhlung der Substanz des Privatrechts" (Oftinger) bei einer blossen Beschränkung desselben, und man kann diese Epoche als diejenige des „zivilrechtsbeschränkenden Verwaltungsrechts" bezeichnen [15]).

Durch Herstellung von Rechtsbeziehungen zwischen dem Bürger und sich (Staat) oder zwischen Bürgern untereinander hält er so den Kreislauf der Wirtschaft im Gang, der sich in der Friedenswirtschaft ausschliesslich in der Rechtsform der Schuldverträge des Obligationrechts abspielt. Neben das bisher im Vordergrund stehende zivilrechtsbeschränkende tritt zumindest auf dem Gebiete des Schuldrechts auch „zivilrechtsersetzendes" Verwaltungsrecht.

Damit hat übrigens der Staat noch nicht zu dem äussersten Mittel gegriffen. Es wäre auch möglich gewesen, die Wirtschaft ganz zu verstaatlichen und somit nicht nur zivilrechtsersetzendes, sondern „zivilrechtsauschliessendes" Verwaltungsrecht zu schaffen (Karrer).

---

15) Karrer, SJZ 37, S. 37.

§ 8. Die Beschränkung der Abschlussfreiheit.

Das Clearingrecht beeinflusst die unter das Obligationenrecht fallenden privatrechtlichen Verhältnisse selbstverständlich nur dann, wenn sich die Frage der Clearingpflicht oder der Clearingberechtigung erhebt. Wann diese oder jene gegeben ist, muss nach den in den betreffenden Abschnitten angeführten Grundsätzen beurteilt werden. Überdies sei hier noch festgehalten, dass eine abschliessende Aufzählung der Beschränkungen der Verfügungsfreiheit nicht möglich ist.

I. Kontrahierungszwang.

Unter Abschlussfreiheit ist die Freiheit der Entscheidung zu verstehen, ob überhaupt ein bestimmter Vertrag abgeschlossen wird oder nicht. Besteht ein Zwang zum Abschluss, so ist die Freiheit beschränkt und man pflegt von „Kontrahierungszwang" zu sprechen.
Nach älterer Auffassung [16]) sind die Parteien im Abschluss von Verträgen, welche die Verpflichtung zu einer Geldleistung einer oder beider Parteien begründen, nicht gehindert, d.h. die Abschlussfreiheit ist vollständig gewahrt. Hingegen solle nur die inhaltliche Gestaltungsfreiheit nach gewissen Richtungen eine Einschränkung erfahren.
Die moderne Auffassung [17]) geht davon aus, dass es keinen grundsätzlichen Unterschied bedeutet, ob die Beschränkung der Privatautonomie die Abschlussfreiheit betreffe und folglich ein „Zwang quoad titulum" ausgeübt werde, oder ob die Beschränkung der Privatautonomie den Inhalt des Ver-

16) Hug, S. 534, 540 usw.
17) Oftinger, S. 510 ff.

trages betreffe und folglich ein „Zwang quoad materiam" ausgeübt werde.
Dahin gehört auch der Fall, wo ein Antrag von einer staatlichen Stelle ausgeht und der Private verpflichtet ist, mit ihr in Beziehung zu treten, wobei die Beziehungen als privatrechtlich zu betrachten sind.
Besteht wirklich ein grundsätzlicher Unterschied, ob die Parteien zum Abschluss eines Vertrages gezwungen sind, dabei aber den Inhalt frei gestalten können, oder ob der Inhalt eines Vertrages durch zwingende Vorschriften festgelegt ist, die Parteien aber noch die Freiheit haben, den Vertrag abzuschliessen oder nicht? Auf unser Thema analog angewendet m.a.W. die Clearingbedingungen, wie sie lauten, anzunehmen oder auf den Vertragsabschluss zu verzichten?
Übereinstimmend mit Oftinger sind wir der Ansicht, dass in beiden Fällen die Privatautonomie weitgehend beschränkt ist; es sind bloss zwei verschiedene Aspekte des Begriffs der Vertragsfreiheit, die beeinträchtigt werden. Beiden ist gemeinsam, dass es das öffentliche Recht ist, welches das Gebiet umschreibt, auf dem sich die Privatautonomie auswirken kann; die Grenze wird bald da, bald dort enger gezogen. Bald ist es der Vertragsinhalt, der beschränkt wird, bald die Abschlussfreiheit, bald die Freiheit in der Wahl des Partners.

II. Tatbestände.

Es wird sich im Verlaufe dieser Arbeit noch häufig zeigen, dass der Gesetzgeber auf dem Gebiete des Clearingrechts fast durchwegs darauf verzichtet hat, einen direkten Zwang zu statuieren und statt dessen einen indirekten Zwang vorsieht.
Für den Fall der Nichteinhaltung einer Vorschrift wird meistens ein wirtschaftlicher Nachteil angedroht. Durch Verzicht auf den Vorteil könnte der Zwang aufgehoben werden, doch liegt dies nicht im Interesse des Einzelnen.

1. Die Beschränkung der Einfuhr im Zusammenhang mit Clearingabkommen hat staatliche Eingriffe in die Disponierungsgewohnheit des Importeurs gebracht, welche sich als besonders lästig erweisen. So werden vor allem Einfuhrbewilligungen an gewisse Auflagen geknüpft, wobei ein indirekter Zwang besteht, diese zu erfüllen. Derartige Auflagen oder Bedingungen sind generell vorgesehen im Bundesbeschluss vom 14. Oktober 1933 über wirtschaftliche Massnahmen gegenüber dem Ausland [18]).

Der schweizerische Importeur erhält eine Einfuhrbewilligung unter der Voraussetzung, dass er den Betrag der Einfuhr an die Schweizerische Nationalbank einbezahlt oder nötigenfalls nachbezahlt. Die Verletzung der Bedingung hat den Entzug weiterer Kontingentsansprüche oder Einfuhrbewilligungen zur Folge.

Desgleichen werden Einfuhrbewilligungen erteilt unter Berücksichtigung von zusätzlichen Zwangsimporten zur Speisung des Clearingverkehrs oder zum Ausgleich von Fehlbeträgen, verbunden mit Pflichtzuteilung und Bezugspflicht. Vielfach wird die Bewilligung zur Einfuhr nur abgegeben, wenn kompensationsweise Waren ausgeführt werden können [19]).

Verschiedentlich mussten sich schweizerische Importeure den ausländischen Exporteuren gegenüber verpflichten, ausser der Bezahlung von Überpreisen, minderwertige oder unerwünschte Nebenprodukte aus dem Clearinglande miteinzuführen.

2. Die Kontingentierung der Ausfuhr im Zusammenhang mit Clearingabkommen kann es notwendig machen, die Ausfuhr nach bestimmten Ländern zu drosseln, um das Anwachsen eines Clearingpassivums zu vermeiden [20]). Es ist deshalb vorgesehen, dass für einzelne Waren die Clearing- bezw.

18) A. S. 49, 811, Art. 2 und 3.

19) Ausdrücklich vorgesehen in A.S. 52, 164, Art. 4.

20) Darüber Hug, S. 434.

Clearingkontingentszertifikate und die Ursprungszeugnisse nur innerhalb gewisser Höchstmengen ausgestellt zu werden brauchen; dies nach Massgabe früherer Exporte des einzelnen Exporteurs in bestimmten Stichjahren.
Durch eine Reihe von Verfügungen ist auf diese Weise der Kreis der clearingberechtigten Warenforderungen stark beschränkt worden.
Dadurch wird der Exporteur veranlasst, nicht zu exportieren, falls nicht die Voraussetzungen der Clearingberechtigung gegeben sind. Es besteht also hinsichtlich der Ausfuhr keine direkte Bewilligungspflicht, sondern ein indirekter Zwang, nicht über den Rahmen der Clearingberechtigung hinaus zu exportieren.
Nicht die Erlaubtheit der Ausfuhr einer Ware hängt also von einer Ausfuhrbewilligung ab, sondern die Clearingberechtigung. Praktisch ist das Ergebnis eine Kontrolle und Drosselung der Ausfuhr.

III. Rechtliche Ausgestaltung.

Für diejenigen Fälle, wo ein indirekter Zwang auf den Vertragsabschluss ausgeübt wird, handelt es sich um einen Vertrag, welcher, wenn auch gezwungenermassen eingegangen, doch den Regeln des Privatrechts untersteht, sobald er einmal abgeschlossen ist. Er setzt die gleichen Gültigkeitserfordernisse voraus wie jeder andere Vertrag; die Folgen der Willensmängel, der fehlerhaften Erfüllung usw. sind dieselben [21]).
Sanktionen, d.h. die Konsequenzen für die Nichterfüllung der als Kontrahierungszwang einem Subjekt auferlegten Verpflichtung, dürften bei indirektem Zwang gerechtfertigt sein, wenn eine einmal übernommene Verpflichtung verletzt wird. Darüber wird später noch ausgeführt werden.

21) Darüber im einzelnen: Oftinger, S. 523; Nipperdey, S. 135 ff.

§ 9. Die Beschränkung der Freiheit in der Wahl der Gegenpartei.

I. Kontrahentenzwang.

Neben der behandelten Abschlussfreiheit ist ein Ausfluss der Privatautonomie die Freiheit des Rechtssubjektes in der Auswahl des Gegenkontrahenten.
Auch hier hat das Clearingrecht gelegentlich einen Zwang und zwar indirekter Art ausgeübt, wonach bestimmten Rechtssubjekten vorgeschrieben ist, mit wem sie zu kontrahieren haben. In diesem Sinne handelt es sich um einen Kontrahentenzwang.
Auf dem Gebiete des Clearings bestehen allgemein die Möglichkeiten, dass ein Kontrahierungszwang besteht, aber kein gleichzeitiger Kontrahentenzwang; und dass kein (direkter) Kontrahierungszwang, aber ein Kontrahentenzwang für den Fall eines Vertragsabschlusses vorliegt. Die aufgezwungene Gegenpartei ist hier kaum personell bestimmt, wohl aber territorial, indem der Gegenkontrahent aus einem bestimmten räumlichen Bezirk stammen muss.

II. Tatbestände.

Im Clearingverkehr werden zur Ausgleichung der Verrechnungskonten die Importeure gezwungen in jenen Staaten zu kaufen, nach denen sich der Export entwickeln kann. Damit sind Nachteile bezüglich der Qualität und der Preishöhe der Waren verbunden, die in Kauf genommen werden müssen [22]).
Schon im Jahre 1935 erfolgte die Gesamteinfuhr der Schweiz zu 45 Prozent aus Clearingstaaten. Durch die Zusammenfassung einiger wichtiger Masseneinfuhrgüter in Zentralstellen

22) Darüber Gelpke, S. 13 ff.

ging der Bund selbst dazu über, auf die Gestaltung des zwischenstaatlichen Handelsverkehrs massgeblichen Einfluss auszuüben.

Vor allem sind den Clearingstaaten fast regelmässig Überpreise in Rechnung zu setzen, denn die Schuldnerstaaten gingen daran, ihren Export nach den Gläubigerstaaten nur bei Gewährung von Überpreisen durchzuführen. Gerade die Schweiz musste ihre Kompensationsgeschäfte öfters dadurch ermöglichen. Die Überpreise, welche dem ausländischen Exporteur zugestanden werden mussten, wurden in der Folge zur Hauptsache durch die Finanzgläubiger oder durch die Gemeinschaft der am Export nach einem bestimmten Lande interessierten schweizerischen Exporteure getragen.

§ 10. Die Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhalts.

I. Allgemeine Beschränkung.

Zur Vertragsfreiheit gehört es, dass der Inhalt eines Vertrages nach dem Belieben der Parteien gewählt werden kann. Jede Rechtsordnung kennt schon normalerweise eine lange Reihe von zwingenden Vorschriften, welche diese Freiheit einschränken, indem gewisse Abmachungen von der Rechtsordnung missbilligt werden [23]). Aus Gründen des öffentlichen Interesses werden diese Beschränkungen namentlich in kritischen Zeitläufen wie Wirtschaftskrisen ausserordentlich vermehrt.

Bei den Erlassen, die im geschilderten Sinne die Freiheit der Wahl des Vertragsinhalts beschränken, hat eine Unterscheidung zu erfolgen, je nachdem die Beschränkung eine absolute ist oder eine bloss relative. Absolut ist sie, wenn schlechthin der Abschluss eines bestimmten Vertrages verboten ist (zufolge Widerrechtlichkeit). Eine relative Beschränkung liegt vor, wenn der Abschluss eines Vertrages an sich erlaubt ist, aber für seinen Inhalt Schranken bestehen.

Die absolute Beschränkung trifft in unserem Falle für das Clearingrecht kaum zu und so hat auch hier der Gesetzgeber sich damit begnügt, eine bloss „relative" auszusprechen, analog der Regelung des direkten und indirekten Zwanges [24]). In Wirklichkeit genügt die relative Beschränkung um die Durchführung des Clearingzweckes sicherzustellen.

---

23) Dahin gehören z.B. die Ungültigkeit des Verzichts auf den Widerruf der Vollmacht (Art. 34 II OR), die Ungültigkeit der Abänderung der Verjährungsfristen (Art. 129 OR), das strafrechtliche Verbot der Vereinbarung von Wucherzins.

24) Siehe S. 61, Ziff. II dieser Arbeit.

Die allgemeine Vorschrift zur Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhalts sieht in genereller Weise vor, dass alles das nicht Inhalt (Gegenstand) eines Vertrages sein darf, was geeignet ist den Clearing irgendwie zu beeinträchtigen. M. a. W. ist grundsätzlich jede rechtsgeschäftliche Verfügung verboten, die eine clearingpflichtige Forderung dem Clearing zu entziehen vermag.
Als rechtsgeschäftliche Verfügungen können in dieser Hinsicht speziell gelten die Bedingungen (Art. 151 ff. OR).
Darunter versteht man im weitern Sinne eine Nebenvereinbarung zwischen Vertragsparteien, wodurch aus einem unwesentlichen Teil des Geschäftes ein wesentlicher gemacht wird; bezw. wird die Verbindlichkeit oder Auflösung eines Vertrages von einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht [25]).

Diese dürfen nicht gestellt werden, um den Clearing zu misbrauchen.

Was die speziellen Beschränkungen anbetrifft muss einleitend näher präzisiert werden: Der Vertragsinhalt auf dem Gebiete des Schuldrechts, d. h. der Inhalt der Obligation ist die Leistung. Sie ist das, was geschuldet, was gefordert oder wofür gehaftet wird, kurz die Hauptsache. Und eben die Leistung hat sich dem Clearingzweck zu beugen. Damit schränkt das Clearingrecht die Verfügungsmöglichkeit über die privatrechtliche Forderung wesentlich ein.
Im nächsten Unterabschnitt werden demgemäss die Erfüllungsbeschränkungen und im folgenden die Verfügungsbeschränkungen der Forderungsübertragung zur Behandlung kommen.

---

25) So Gelpke, S. 97 ff.

II. Erfüllungsbeschränkungen.

Unter den im Obligationenrecht verwendeten Begriff der "Erfüllung der Obligation" (Art. 68 ff. OR) fällt insbesondere die Zahlung von Verbindlichkeiten. In diese Erfüllung von Geldschulden greift nun die Ordnung des Clearingrechts ein, und zwar hinsichtlich:

1. Bestimmung des Erfüllungsortes.

OR. Privatrechtlich ergibt sich der Ort, an dem die geschuldete Leistung vorzunehmen ist, aus dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Parteien. Lässt sich dieser auch aus den Umständen nicht ermitteln, so gilt nach schweizerischem Recht, dass die Geldschuld grundsätzlich an dem Orte zu zahlen ist, an dem der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz, bezw. seine geschäftliche Niederlassung hat (Art. 74 II OR) [26]).
Die Geldschuld ist daher grundsätzlich Bringschuld, wobei das Bringen oder Schicken ein Teil der Erfüllungshandlung darstellt, die in der Übergabe der Geldsumme ihren Abschluss findet. Es steht also den Parteien gemäss Vertragsfreiheit grundsätzlich frei, als Erfüllungsort auch den Wohnsitz des Schuldners, oder einen andern Ort in seinem oder in einem Drittlande festzusetzen (drittländisches Bankkonto).

Clearingrecht. Diese Freiheit der Bestimmung des Erfüllungsortes wird durch die Vorschriften des Clearingrechts eingeschränkt, und zwar effektiv durch die Clearingeinzahlungspflicht des Schuldners an die Schweizerische Nationalbank. Damit verhält es sich folgendermassen: Die Wahl eines Erfüllungsortes in einem Drittlande ist ausgeschlossen [27]), denn

26) Guhl, S. 112/113; v. Tuhr S. 432 ff.
27) BGE 60 I 168 ff.

der Schuldner kann die Leistung an einem solchen Orte nicht erbringen (Domizilprinzip) und der Gläubiger sie meistens nicht entgegennehmen. Im weitern bleibt den Parteien eine beschränkte Wahlmöglichkeit, indem sie als Erfüllungsort bezeichnen können: Entweder im Lande des Schuldners den Sitz der Clearingstelle oder aber den Wohnsitz des Gläubigers oder irgendeinen Ort in seinem Clearinglande.
Eine andere vertragliche Vereinbarung ist ausgeschlossen und im Falle nichtig, doch ergreift die Nichtigkeit nur die betreffende Vertragsklausel. Wenn schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt, gilt in diesem Falle der Wohnsitz des Gläubigers als Erfüllungsort.
Auch unter dem Clearingrecht ist die Bestimmung eines Erfüllungsortes durch die Parteien von Bedeutung. Wird der Ort des Sitzes der schuldnerischen Clearingstelle als Erfüllungsort bestimmt, so erfüllt der Clearingschuldner mit der Einzahlung an seine Nationalbank nicht nur die öffentlichrechtliche Einzahlungspflicht, sondern auch die privatrechtliche Schuldpflicht [28]). Das Kursrisiko, das auf dem Gebiete des Clearingverkehrs bedeutsam ist, geht daher in diesem Falle zu Lasten des Gläubigers. In allen übrigen Fällen jedoch, in denen der Erfüllungsort im Lande des Clearinggläubigers liegt, tritt die Befreiung erst später ein, und das Kursrisiko geht zu Lasten des Clearingschuldners [29]).

2. Bestimmung der Erfüllungszeit.

OR. Die Erfüllungszeit ist der Augenblick, in dem eine Forderung fällig wird, d.h. der Gläubiger kann die Leistung verlangen und Klage auf Erfüllung erheben.
Sie bestimmt sich entweder nach Gesetz (Art. 75 ff. OR) oder nach Vereinbarung der Parteien, die sie beliebig festsetzen

28) Zahlung an eine vertragliche Zahlstelle.
29) Hug, S. 583, 597 ff.

können [30]). Fehlt eine vertragliche Bestimmung, so gilt subsidiär Art. 75 OR, wonach die Leistung sogleich nach Entstehung der Forderung verlangt werden kann.

Clearingrecht. Unter der Geltung des Clearingrechts ist es den Parteien grundsätzlich gestattet den Fälligkeitstermin nach eigenem Ermessen zu bestimmen. Überschreitet jedoch die Parteivereinbarung die handelsübliche Frist, so hat der Clearingpflichtige den Clearingbehörden glaubhaft darzutun, dass kein Missbrauch des Clearingverkehrs beabsichtigt ist. Gelingt dieser Nachweis nicht, so gilt die handelsübliche Einzahlungsfrist. Kann eine Übung nicht festgestellt werden, so gilt im Warenverkehr eine Frist von 3 Monaten und im Dienstleistungsverkehr Barzahlung als üblich [31]).
Diese Feststellung besagt eigentlich folgendes: Die privatrechtlich vereinbarte Fälligkeit stimmt grundsätzlich mit der Fälligkeit der öffentlichrechtlichen Clearingeinzahlungspflicht überein, und zwar solange nicht Missbrauch die Kollisionsregel herbeiführt.
Mit der rechtzeitigen Einzahlung bei der Schweizerischen Nationalbank d.h. mit der öffentlichrechtlichen Erfüllung, hat der Schuldner alles getan, wozu er rechtlich imstande ist, er hat auch privatrechtlich rechtzeitig erfüllt. Von diesem Augenblick an steht ihm die Einrede der rechtlichen Unmöglichkeit der Leistung zu. Wichtig ist diese Konsequenz, weil die Fälligkeit des öffentlichrechtlichen Auszahlungsanspruches sich nicht mit der privatrechtlich vereinbarten Fälligkeit deckt [32]).

Für den Clearinggläubiger kann die sich ergebende Wartefrist zwischen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Fälligkeit untragbar sein; in gewissen Fällen wurden nämlich

30) Guhl, S. 111/112; v. Tuhr, S. 447 ff. 31) Gelpke, S. 86 ff.
32) Die entsprechenden Voraussetzungen wurden bereits auf S. 41, Ziff. 3 dieser Arbeit angeführt.

Wartefristen von mehr als einem halben Jahr festgestellt. Da während der Wartefrist die Rechte des Gläubigers aus öffentlichrechtlichen Gründen gehemmt sind, darf er während dieser Zeit keinen Arrest gegen allfällige in der Schweiz liegende Aktiven des Schuldners erwirken.
Die Zentralnotenbanken haben es zum vornherein abgelehnt, den Clearinggläubigern Zinsen zu zahlen. Dem Exporteur bleibt nur jener Ausweg, seine Preise in der Weise festzusetzen, dass er die voraussichtlichen Zinsverluste seines Kapitals einberechnet. Die Praxis hat sich im folgenden so zu helfen gewusst, dass gewisse Banken sich bereit erklärten, Clearingguthaben, die auf ihre Auszahlung warten, zu belehnen. Die Belehnungsgrenze ist in der Schweiz 60 Prozent des Exportwertes [33]).
Ein mittelbarer Eingriff in die Fälligkeitsbestimmung liegt vor, wenn die Erteilung eines Einfuhrkontingentes von der öffentlichrechtlichen Auflage der Bezahlung der Warenschuld innert 30 Tagen abhängig gemacht wird. Die Auflage erfolgt auf Grund von Art. 2 des Bundesbeschlusses vom 14. Oktober 1933; die Kontingente werden vom Eidg. Volkswirtschaftsdepartement erteilt. Wird die Einzahlungspflicht nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt, so erhalten die betreffenden Importeure keine weitern Kontingente mehr [34]).

3. Bestimmung der Leistungsart.

OR. Die Leistungsart bestimmen heisst die Wahl der Währung treffen, in der geleistet werden soll. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit liegt diese Wahl der Währung einer privaten Geldschuld bei der Privatdisposition. Demnach können die Parteien die Geldschuld entweder in inländischer

33) Geiser, S. 28 ff.
34) Mettler, S. 38.

Währung festsetzen und zudem bestimmen, mit welchem Geldzeichen die Schuld zu tilgen ist. Wird keine bestimmte Währung vereinbart, so ist nach schweizerischem Obligationenrecht die Geldschuld in Landesmünze, d.h. in staatlich anerkanntem Währungsgeld zu bezahlen (Art. 84 I OR).
Anderseits können die Parteien auch eine Fremdwährungs- oder Valutaschuld eingehen, unabhängig davon, ob nur eine oder beide Parteien sich im Inland befinden. Soll der Gläubiger ein Anspruch auf Leistung in Geldzeichen fremder Währung haben, so liegt eine sogenannte echte Valutaschuld vor. Wird hingegen dem Gläubiger ein Anspruch auf Leistung in inländischem Gelde gegeben, wobei sich deren Höhe nach einem gegebenen Betrag fremder Währung bestimmt (Wertmasstab), ist eine sogenannte unechte oder uneigentliche Valutaschuld vereinbart.
Sowohl bei der echten wie bei der unechten Valutaschuld kann im voraus ein Umrechnungskurs festgelegt werden. Wenn die Leistung fremder Währung unmöglich wird, geht die Valutaschuld in eine Schuld heimischer Währung über, sofern nicht eine Geldsorten- oder eine Geldstückschuld vereinbart ist, die gemäss Art. 119 OR untergehen. Wird hingegen von den Parteien eine Valutaschuld mit „Effektivklausel" vereinbart, so ist damit die „wortgetreue Erfüllung des Vertrages ausbedungen" (Art. 84 II OR).

Clearingrecht. Das Clearingrecht bringt eine neue zwingende Ordnung für die Erfüllung der von ihm betroffenen Geldschulden, an Stelle der dispositiven gesetzlichen Normen des Obligationenrechts. Demgemäss sehen sämtliche Clearingabkommen vor, dass der schweizerische Clearingschuldner jede Zahlung in Schweizerfranken an die Nationalbank zu leisten hat. Dies bedeutet eine zwangsweise Umstellung auf die Inlandwährung, d.h. die Erfüllung in ausländischer Wäh-

rung ist für den Schuldner ausgeschlossen bezw. rechtlich unmöglich geworden. Es ist eine Unmöglichkeit in der Leistungsart.

Folgerichtig gilt für alle Valutaschulden, echte oder unechte, der Rechtssatz von Art. 84 I OR, aber nicht mehr dispositiv sondern zwingend. Die Begründung einer clearingpflichtigen Valutaschuld ist wohl weiterhin noch möglich, hingegen nicht die Erfüllung, die Zahlung. Bekanntlich kann auch nach Art. 67 SchKG eine Valutaschuld nur in einheimischer Währung vollstreckt werden und es muss daher eine entsprechende Umrechnung stattfinden.

Die Erfüllung von Geldsortenschulden ausländischer Währung, sowie die Erfüllung von Geldstückschulden ist schlechthin ausgeschlossen. Wird dennoch eine solche Schuldverpflichtung nach Inkrafttreten des Clearings begründet, so liegt ein Versprechen auf eine unmögliche Leistung vor und der Vertrag ist daher nichtig. Hat eine solche Schuldverpflichtung bereits bei Inkrafttreten des Clearings bestanden, so tritt eine nachträgliche Umöglichkeit der Leistung ein, welche die Forderung im Sinne von Art. 119 OR zum Erlöschen bringt. Die gewöhnliche Geldsortenschuld ausländischer Währung geht dagegen in eine schlichte Geldschuld über, die nach den clearingrechtlichen Bestimmungen zu erfüllen ist [35]).

Die in Art. 84 II OR vorgesehene Möglichkeit der Vereinbarung und Erfüllung „effektiver" Valutaschulden ist durch das Clearingrecht aufgehoben und es findet eine Umwandlung statt in gewöhnliche, echte Valutaschulden. Wurde eine effektive Valutaschuld schon vor dem Inkrafttreten des Clearings begründet, so entsteht eine nachträgliche rechtliche Unmöglichkeit, die aber die Forderung nicht aufhebt. Der Schuldner bleibt verpflichtet, die Zahlung in heimischer Währung zu leisten und der Gläubiger ist hierauf berechtigt.

35) Hug, S. 580.

Nach dem Inkrafttreten des Clearings abgeschlossen, stellt eine effektive Valutaschuld ein rechtlich unmögliches Versprechen dar im Sinne von Art. 20 I OR. Jedoch ist nicht der ganze Vertrag nichtig, sondern lediglich die betreffende Vertragsklausel [36]). Auch in diesem Falle bleibt der Schuldner zur Leistung der Geldschuld in heimischer Währung verpflichtet.

Wechselverbindlichkeiten sind auf dem Gebiete des Clearings insoweit theoretisch gestattet, als damit nicht clearingpflichtige Forderungen der Verrechnung entzogen werden. Dabei ist jedoch das Institut der Wechselverpflichtung so stark beschränkt, dass praktisch das Interesse daran kaum mehr gross ist.

Die Beschränkung äussert sich hauptsächlich darin, dass der Clearingwechsel eine besondere Klausel, die sogenannte „Clearingklausel" enthalten soll. Gestützt auf sie ist der Akzeptant, bezw. der Aussteller eines Eigenwechsels berechtigt und verpflichtet, dem Präsentanten direkte Zahlung zu verweigern und statt dessen Zahlung an die Schweizerische Nationalbank zu leisten. Mit der Einzahlung auf Verrechnungskonto wird jede wechselrechtliche Rechtsfolge ausgeschlossen d. h. der Präsentant kann weder Protest erheben, noch die Wechselklage oder Wechselbetreibung durchführen. Die durch Einzahlung an die Nationalbank begründete Einrede der Unmöglichkeit der Leistung hat im übrigen zur Folge, dass der wechselrechtliche Regress ausgeschlossen ist [37]).

4. Bestimmung des Leistungsumfanges.

OR. Der Leistungsumfang in Bezug auf Valutaschulden hängt ab vom „Zeitpunkt der Umrechnung" der Geldschuld und vom „Umrechnungskurs."

36) Diese Rechtsfolge wird unter § 12 I dieser Arbeit begründet werden.
37) Im einzelnen Hug, S. 588 ff.

Beide können von den Parteien frei festgelegt werden, sei es einseitig durch den Schuldner oder zum voraus durch gegenseitige Willenserklärung. Hingegen ist nach Art. 84 II OR für die Umrechnung massgebend nicht der Kurs im Zeitpunkte der Zahlung, sondern der Devisenkurs „zur Verfallzeit." Demzufolge ist also die Verfallzeit der obligationenrechtliche Zeitpunkt der Umrechnung.

Clearingrecht. Die zwangsweise Umstellung auf die Inlandswährung hat es mit sich gebracht, dass das Clearingrecht sowohl den Zeitpunkt der Umrechnung als auch den sogenannten Clearingkurs festsetzt. Dies hat Einflüsse zur Folge auf den Leistungsumfang des Clearingschuldners.
Die Festlegung des Umrechnungszeitpunktes geschieht in den Clearingabkommen. Diese bestimmen ausnahmslos und im Gegensatz zu Art. 84 II OR, dass für die Umrechnung nicht der Zeitpunkt der Fälligkeit der Valutaschuld massgebend ist, sondern der „Tag der Zahlung" [38]). Da im übrigen die Clearingein- und Auszahlungen stets in inländischer Währung erfolgen, wird zur Verrechnung mit den Leistungen an die ausländischen Verrechnungskassen jede Zahlung immer mindestens einmal, unter Umständen jedoch zweimal umgerechnet.
Clearingkurs für die Ein- und Auszahlungen ist dann entweder der offizielle Tageskurs der Notenbank oder der zwischen den Verrechnungsstellen zweier Vertragsstaaten festgelegte Wechselkurs. Schuldverpflichtungen in fremder Währung werden zu dem, am Zahlungsort geltenden Devisenkurs umgerechnet.
Infolge der Wartefrist fallen die Einzahlung ins Clearing und die Auszahlung an den Gläubiger zeitlich wesentlich auseinander. Auf Grund der inzwischen eintretenden Währungs-

38) Sowohl bei Ein- wie Auszahlung.

schwankungen kann sich ein erheblicher Differenzbetrag, ein Kursrisiko ergeben. Praktisch trägt es regelmässig der Schuldner, doch gibt es einen Ausnahmefall. Dies sei hier im weitern ausgeführt, als Einflüsse des Clearingrechts auf den Leistungsumfang des Clearingschuldners.
Mit der Einzahlung an die Schweizerische Nationalbank erfüllt der Clearingschuldner seine öffentlichrechtliche Einzahlungspflicht. Dadurch ist die Leistung an den Gläubiger noch nicht erbracht und dementsprechend vertreten die schweizerische Doktrin und die Rechtsprechung einheitlich den Standpunkt, dass die Einzahlung auf Verrechnungskonto keine befreiende Wirkung auslöst [39]).
Privatrechtlich wird der Schuldner erst befreit durch die Auszahlung des Schuldbetrages von Seiten der Verrechnungsstelle des Vertragsstaates an den Clearinggläubiger. Dabei wird nur nach Massgabe der erfolgten Zahlung getilgt; ergibt sich eine Differenz auf Grund der Kursschwankungen, so trifft den Schuldner das Kursrisiko, wofür er haftbar bleibt.

Der erwähnte Ausnahmefall tritt ein, wenn die Parteien den Erfüllungsort bei der schuldnerischen Clearingstelle vereinbart haben [40]). Nur dann erzeugt die Einzahlung auf Verrechnungskonto befreiende Wirkung und somit trägt der Clearinggläubiger das Kursrisiko.

III. Beschränkungen der Forderungsübertragung.

Die Institute der Forderungsübertragung sind die Forderungsabtretung und die Schuldübernahme (Art. 164 ff. OR). Beide haben das Gemeinsame, dass damit ein Wechsel der Per-

39) BGE 60 I 173: „Dass der Zahlung an die Nationalbank befreiende Wirkung zukomme, d. h. dass sie als Tilgung zu gelten habe, kommt gar nicht in Frage, selbst wenn der Verkäufer im andern Vertragslande wohnt." Vgl. auch 63 II 310.
40) Siehe S. 69 dieser Arbeit, Anm. 28.

sonen unter Aufrechterhaltung der Verbindlichkeit stattfindet. Das Schuldverhältnis als solches erleidet keine Veränderung; mit Bezug auf den Inhalt hat man es nach der Zession mit derselben Forderung wie vorher und nach der Schuldübernahme mit derselben Schuld wie vorher zu tun.
An dieser Stelle handelt es sich darum zu untersuchen, inwieweit eine Forderungsabtretung bezw. eine Schuldübernahme, als Vertrag zwischen zwei Parteien, inhaltlich durch das Clearingrecht beschränkt wird.

1. Forderungsabtretung.

OR. Die Zession gemäss Art. 164 OR ist eine vertragliche Verfügung über eine Forderung, wodurch die Forderung aus dem Vermögen des bisherigen Gläubigers (Zedent) in dasjenige des neuen Gläubigers (Zessionar) übergeht [41]).

Sie kann ohne Einwilligung und ohne Kenntnis des Schuldners vorgenommen werden und zwar, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder die Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen (Art. 164 I OR). Der Schuldner muss sich den Wechsel in der Person des Gläubigers gefallen lassen.

Clearingrecht. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a. Abretung einer Clearingforderung im Clearinginland.

Eine clearingberechtigte Forderung kann grundsätzlich ohne Genehmigung an eine andere in der Schweiz wohnhafte Person abgetreten werden, wenn damit die Verpflichtung übernommen wird zur Zahlung im Clearingwege. Eine Abtretung zur Verrechnung mit einer nicht-clearingpflichtigen Gegenforderung würde die Clearingmasse und damit die Clearingbilanz beeinträchtigen und ist daher verboten. Ver-

41) Guhl, S. 122; v. Tuhr, S. 716.

langt der schweizerische Zessionar freie Devisen, so ist die Abtretung unwirksam.
Von dieser Möglichkeit der Abtretung wird deshalb häufig Gebrauch gemacht, weil die langen Wartefristen nicht für jedermann tragbar sind. Wenn bereits ein Zahlungsauftrag vorliegt und die Clearingberechtigung anerkannt ist, läuft der Zessionar praktisch kein Risiko [42]).
Mit der Zession der privaten Forderung wird im Zweifel auch der öffentlichrechtliche Auszahlungsanspruch abgetreten und zwar nicht als gesetzliche Nebenwirkung der Zession, sondern kraft Parteiwillens.

b. Abtretung einer Clearingforderung nach dem Clearingausland.

Wird eine clearingpflichtige Forderung an einen Zessionar abgetreten, der nicht in der Schweiz wohnhaft ist, sondern in einem Drittlande oder gar im Lande des Schuldners, so ergeben sich Schwierigkeiten, weil eine Übertragung an eine im Ausland domizilierte Person in der Regel das Domizil- und das Verbrauchsprinzip verletzt. Zudem handelt es sich zweifellos um Verfügungen, die das Ziel haben den Clearingzweck zu umgehen. Das Clearingrecht hat daher diese Art von Zession grundsätzlich verboten, und nur ausnahmsweise darf sie mit Genehmigung der Verrechnungsstelle erfolgen. Die Genehmigung wird nur erteilt, wenn nachgewiesen werden kann, dass zufolge irgendwelcher Verrechnung im konkreten Fall keine Verletzung der Clearingprinzipien vorliegt.
Nach den clearingrechtlichen Grundsätzen ist jedoch eine trotzdem vorgenomme, verbotene Abtretung als zivilrechtlich gültig zu betrachten. Hingegen vermag sie die clearingrecht-

42) Gelpke, S. 99.

liche Beschlagnahme nicht aufzuheben, womit der ausländische Schuldner weiterhin zur Einzahlung ins Clearing verpflichtet ist. Nach erfolgter Einzahlung steht ihm gegenüber dem Zessionar die Einrede der Unmöglichkeit der Leistung zu [43]).

2. Schuldübernahme.

OR. Die Schuldübernahme ist das Gegenstück zur Zession. Zession bedeutet Wechsel des Subjektes auf der Aktivseite, Schuldübernahme hingegen Wechsel des Subjektes auf der Passivseite der Obligation.
Jede Schuldübernahme bedarf zu ihrer Gültigkeit der Mitwirkung des Gläubigers. Die eigentliche oder privative Schuldübernahme [44]) kommt durch Vertrag zwischen einem Schuldübernehmer und dem Gläubiger zustande und besteht im Eintritt des Schuldübernehmers in ein schon vorhandenes Schuldverhältnis unter Befreiung des bisherigen Schuldners (Art. 176 I OR).

Clearingrecht. Auch hier sind analog zwei Fälle auseinander zu halten:

a. Übernahme einer Clearingschuld im Clearinginland.

Sind der Schuldner und der Schuldübernehmer in der Schweiz wohnhaft, so kann eine Schuldübernahme unter dem Clearingrecht nur vorgenommen werden, insofern die Schweizerische Verrechnungsstelle die Genehmigung dazu erteilt. Die Zustimmung des Gläubigers ist hier in allen Fällen vorausgesetzt.

43) In diesem Sinne Hug, S. 566.

44) Nur diese wird hier behandelt werden. Die Erfüllungsübernahme und die Geschäfts- und Vermögensübernahme sind analag zu beurteilen.

Diese Genehmigung der Verrechnungsstelle bezieht sich in Wirklichkeit auf die Clearingpflicht und nicht auf das private Verhältnis, denn die Übernahme der Schuld bewirkt nicht auch den Übergang der Clearingpflicht vom Schuldner auf den Übernehmer. Vielmehr handelt es sich hier um die freiwillige Übernahme einer öffentlichrechtlichen Pflicht durch den Schuldübernehmer, welche ohne Mitwirkung der Verrechnungsstelle als Institution öffentlicher Verwaltung ungültig ist.
Überdies wird die Schuldübernahme durch einen Dritten nur genehmigt, wenn der ursprüngliche Schuldner die Solidarhaft übernimmt, soweit die öffentlichrechtliche Pflicht vorliegt[45]).

b. Übernahme einer Clearingschuld nach dem Clearingausland.

Ist der Schuldübernehmer nicht in der Schweiz, sondern in einem Drittlande oder gar im Lande des Clearinggläubigers wohnhaft, so liegt im Falle einer Schuldübernahme eine Verfügung vor, welche den schweizerischen Clearingverkehr zu beeinträchtigen vermag. Damit keine Forderung dem Clearing entzogen wird, hat das Clearingrecht diese Übernahme nach dem Clearingausland grundsätzlich verboten. Mit Genehmigung der Verrechnungsstelle darf sie ausnahmsweise erfolgen.
Eine trotz Verbot vorgenommene Schuldübernahme ist analog der behandelten Zession zivilrechtlich gültig. Der schweizerische Schuldner ist gegenüber dem Clearinggläubiger von der privatrechtlichen Schuldpflicht befreit, doch besteht seine Clearingeinzahlungspflicht gegenüber der Verrechnungsstelle nach wie vor. Diese Lösung ist aus dem Grunde gewählt, weil die Verrechnungsstelle keine Möglichkeit hat, die Er-

45) So auch Gelpke S. 99.

füllung der Clearingpflicht rechtlich zu erzwingen, wenn der Schuldner (Schuldübernehmer) im Ausland wohnhaft ist.

Nur durch Einzahlung auf Verrechnungskonto kann sich der Schuldner der Clearingpflicht entledigen. Eine Rückerstattung von Seiten des Gläubigers durch das Clearing ist ausgeschlossen; dadurch würde der verbotene Zustand vor der Einzahlung wieder hergestellt.

§ 11. Die Beschränkung der Voraussetzungen für den Untergang des Vertrages.

Das Zivilrecht umschreibt die Voraussetzungen, unter denen die Rechtsgeschäfte, bezw. ihre Wirkungen erlöschen. Bei den Schuldverträgen handelt es sich um das Eintreten der Untergangsgründe, die in Art. 114 ff. OR vorgesehen sind.
Auch in diese Regelung hat das Clearingrecht eingegriffen, was die folgende Darstellung zeigen wird. Obgleich die zu behandelnde Materie teilweise unter den Vertragsinhalt subsumiert werden kann, gehört sie doch typisch zum Untergang der Obligation.

I. Untergang durch Erfüllung, insbesondere Zahlung.

OR. Durch die Erfüllung (Zahlung) befreit sich der Schuldner von seiner Verpflichtung und damit geht die Obligation unter. Erfüllung bedeutet demnach die nach Gegenstand, Zeit und Ort richtige Leistung des Schuldners an den Gläubiger [46]).

Clearingrecht. Das Clearingrecht verfügt an Stelle des Obligationenrechts hinsichtlich der Zahlung:

1. Allgemeiner Grundsatz.

Jeder Untergang einer Clearingforderung und in diesem Falle jede Zahlung hat zu unterbleiben, als durch Einzahlung an die Schweizerische Nationalbank. Diese Einzahlung bedeutet grundsätzlich der einzige, universelle Weg zur Erfüllung, zur Befriedigung des Gläubigers [47]). Weil der Clearingverkehr nur auf Grundlage der effektiven Zahlungen auf Verrechnungskonto seinen Zweck erfüllen kann, so muss der durch Rechtsgeschäft bewirkte Untergang der Forderung an-

46) Siehe Guhl, S. 107 ff.
47) Über die Clearingeinzahlungspflicht siehe § 3 dieser Arbeit.

ders als durch Zahlung wegfallen. Ausnahmsweise kann auf Genehmigung hin diese letztere Art als zulässig erklärt werden. Darüber wird später ausgeführt.

2. Befreiende Wirkung.

Die Clearingeinzahlung hat grundsätzlich keine befreiende Wirkung [48]). Da der Schuldner aber den Transfer nicht selbst erwirken kann, so liegt nach der Clearingeinzahlung bis zur Fälligkeit des öffentlichrechtlichen Anspruches des Clearinggläubigers eine unverschuldete, vorübergehende rechtliche Unmöglichkeit der Erfüllung vor. Diese bewirkt nicht den Untergang der Forderung, sondern nur die vorläufige Hemmung der Rechte des Gläubigers.

3. Folgen der Nichterfüllung.

Nach Art. 97 OR macht die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit schadenersatzpflichtig. Wenn die vertragsgemässe Leistung unter das Clearingrecht fällt, so gilt dies auch für die Ersatzleistung. Demgemäss ist also die Schadenersatzforderung Gegenstand des Clearingrechts.

Im Hinblick auf den Schuldnerverzug ist folgendes beachtlich: Beim Verzug in der Erfüllung treten nach der zu erfolgenden Mahnung (Art. 102 OR) die Verzugsfolgen von Art. 103 ff. OR ein, also speziell die Haftung für Zufall. Mit dem privatrechtlichen Verzug tritt in der Regel auch der clearingrechtliche ein (Art. 103 OR). Auf Grund dessen haben die Clearingbehörden das Recht die Erfüllung der öffentlichrechtlichen Einzahlungspflicht zu erzwingen.

Eine zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner vereinbarte Stundung ist eine genehmigungsbedürftige Handlung. Wenn kein Missbrauch des Clearingrechts beabsichtigt ist, stellt die Verrechnungsstelle auf die Parteivereinbarung ab.

48) Diese Tatsache wurde bereits auf S. 76 festgestellt und belegt.

II. Untergang durch Verrechnung.

OR. Wenn zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen schulden, welche ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so kann jede Partei ihre Schuld mit ihrer Forderung verrechnen, insofern beide Forderungen fällig sind (Art. 12o I OR).
Die Verrechnung kann auf einem Vertragsschluss der beiden beteiligten Parteien beruhen. In diesem Falle bezeichnen diese gemeinsam diejenigen Forderungen, welche durch Verrechnung untergehen sollen. Für diese Kompensation gelten keine besonderen gesetzlichen Voraussetzungen. Aber auch ohne solche vertragliche Abrede gibt das Gesetz jedem Schuldner die Befugnis, durch einseitige Erklärung die Verrechnung geltend zu machen, auch wenn seine Gegenforderung bestritten wird (Art. 12o II OR) [49]).

Clearingrecht. Die Beschränkung dehnt sich hier auf drei Kategorien von Geschäften aus:

1. Private Einzelverrechnung.

Während die Clearingverrechnung eine öffentlichrechtliche Kollektivverrechnung ist, handelt es sich hier um eine privatrechtliche Einzelverrechnung. Sie stellt im Sinne des Clearingrechts ein Geschäft dar, bei dem die Forderungen einer inländischen Person mit den Gegenforderungen einer ausländischen Person ausserhalb des Clearingverkehrs ausgeglichen werden.
Wer privat verrechnen kann, besitzt eine Vorzugsstellung, welche jedoch vom Clearingrecht nur geduldet wird, wenn die öffentlichen Interessen dadurch nicht verletzt werden, d.h. die Einzelverrechnung nicht mit der Kollektivverrechnung kollidiert. Eine Interessenkollision liegt vor, wenn durch die pri-

49) Siehe Guhl, S. 135.

vate Verrechnung die Clearingbilanz und insbesondere die normale Ein- und Ausfuhr beeinträchtigt wird. Grundsätzlich ist daher eine private Verrechnung nur zulässig, soweit eine zusätzliche Ausfuhr durch eine zusätzliche Einfuhr ausgeglichen wird. Die Erfahrungen haben gezeigt [50]), dass die privaten Verrechnungen in den seltensten Fällen einen zusätzlichen Verkehr bewirken und deshalb ist ihre Zulassung sehr erschwert worden.

Die Regelung des Clearingrechts geht nun dahin, dass jede rechtsgeschäftliche oder einseitige Verrechnung grundsätzlich verboten ist, weil dadurch zwei clearingpflichtige Forderungen auf andere Weise als durch Einzahlung auf Verrechnungskonto getilgt werden. Jedoch kann ausnahmsweise das öffentlichrechtliche Hindernis der Verrechnung beseitigt werden durch die doppelte Genehmigung der inländischen sowie der ausländischen Verrechnungsstelle.

Nach Hug [51]) ist diese Bewilligung ein Verwaltungsakt, dessen Vornahme vor oder nach der Verrechnung nachgesucht werden kann. Sie bleibt solange ‚widerrufbar, als die Verrechnung noch nicht vorgenommen worden ist und wird in der Regel von derjenigen Vertragspartei nachgesucht, deren Verpflichtung vom Verrechnungsverbot betroffen wird. Die Schweizerische Verrechnungsstelle kann hingegen die Genehmigung nur unter der Voraussetzung oder der Rechtsbedingung der Bewilligung der ausländischen Verrechnungsstelle erteilen.

Wenn der Clearingschuldner auf Grund einer Genehmigung verrechnet, geht damit seine private Schuldpflicht, sowie seine öffentlichrechtliche Clearingpflicht unter. Nimmt er jedoch eine Verrechnung vor in Umgehung der Verrechnungsstelle oder verweigert diese die Bewilligung dazu, so bleibt der Schuld-

50) Siehe Gelpke, S. 96.

51) Hug, S. 555.

ner trotz Untergang der beidseitigen Forderungen der Clearingeinzahlungspflicht unterworfen. Beide Clearingschuldner sind demnach zur Einzahlung auf Verrechnungskonto verpflichtet und können dazu gezwungen werden.
Eine Kompensation zwischen Forderungen aus dem Kapitalverkehr gilt nicht als private Verrechnung im Sinne des Clearingverkehrs.

2. Kompensationsgeschäfte.

Kompensationsgeschäfte sind Handelsgeschäfte zwischen zwei oder mehreren Personen, welche einerseits im Inland und anderseits im Vertragsstaat wohnhaft sind. Infolge der Beschränkung durch das Devisenrecht abgeschlossen, wird in der Regel mit jeder Warenveräusserung ein besonderer Umsatzzweck verfolgt [52]), d.h. es sind wirtschaftlich verschiedene Geschäfte gewollt. Nach Hug [53]) ist daher im Zweifel das Vorliegen von zwei Kaufverträgen anzunehmen, wobei die beiden Kaufpreisforderungen nicht durch Zahlung, sondern durch Verrechnung getilgt und nur der Saldo durch das Clearing beglichen werden soll.
Auf diese Art von Verrechnungsgeschäft kommen die unter Ziffer 1 gemachten Ausführungen analog zur Anwendung.

3. Tauschgeschäfte.

Beim Tauschvertrag nach Art. 237 OR sind die gegenseitigen Sachleistungen als unmittelbarer Entgelt gewollt und beide Rechtsgeschäfte bilden wirtschaftlich eine Einheit, d.h. keines wäre ohne das andere geschlossen worden.
Die schweizerische Clearingpraxis behandelt auch die Tauschgeschäfte nach den Grundsätzen über die private Verrechnung.

52) Wie beim Doppelkauf: Oser-Schönenberger, Vorb. 237/38 No. 4.
53) Hug, S. 557.

III. Untergang ohne Befriedigung des Gläubigers.

Die Beschränkung des Clearingrechts betrifft nur die rechtsgeschäftlichen Verfügungen dieser Art von Forderungsuntergang, nämlich:

1. Aufhebung durch Übereinkunft.

OR. Der wichtigste Fall ist der Schulderlass, der durch Aufhebungsvertrag begründete Untergang einer Forderung oder eines Schuldverhältnisses. Dieser Vertrag bedarf der Zustimmung beider Parteien, kann aber in allen Fällen formlos geschlossen werden, auch wenn zur Begründung der Forderung eine besondere Form vorgeschrieben oder sonst von den Parteien angewendet wurde (Art. 115 OR).

Clearingrecht. Der Erlass einer clearingrechtlich beschlagnahmten Forderung ist grundsätzlich eine verbotene bezw. genehmigungsbedürftige Handlung, weil zur Erhaltung des Gleichgewichts der Clearingbilanz jeder Leistung eine angemessene Gegenleistung gegenüberstehen muss.
Das Verbot wirkt auch hier nur relativ, d. h. ein trotzdem vorgenommener Schulderlass vermag den Schuldner von seiner privatrechtlichen Leistungspflicht zu befreien, jedoch bleibt seine Clearingpflicht bestehen. Die ausnahmsweise Befreiung von der Einzahlungspflicht erfolgt durch die Clearingbehörden, sofern glaubhaft gemacht wird, dass keine Umgehung der Clearingbestimmungen bezweckt ist. Diese Grundsätze gelten auch für den teilweisen Erlass einer Forderung.
Bezüglich der Schenkung (Art. 239 ff. OR) kommen in analoger Weise die angeführten Bestimmungen des Schulderlasses zur Anwendung.

2. Neuerung.

OR. Neuerung oder Novation heisst der Vertrag durch den die Parteien eine Forderung untergehen lassen und an ihrer Stelle ein neues Schuldverhältnis begründen. Sie be-

wirkt die Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen (Art. 116 und 117 OR). Die zivilrechtliche Wirkung der Neuerung besteht darin, dass Einwendungen gegenüber der alten Forderung unzulässig sind.

Clearingrecht. Die Auswirkungen des Clearingrechts sind hier dieselben wie beim Schulderlass. Demzufolge ist auch die Novation ein grundsätzlich verbotenes bezw. genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft, weil die Clearingpflicht vorerst zum Bestand der ursprünglichen Schuld gehört. Mit der Begründung der neuen Schuld geht die Clearingpflicht jedoch ohne weiteres auf diese über. Fraglich ist aber, ob die Clearingberechtigung ohne Genehmigung übergeht.
Eine Umgehung des Clearings durch Novation löst auch hier die Wirkung aus, dass der Schuldner privatrechtlich befreit wird, jedoch weiterhin zur Nachzahlung auf Verrechnungskonto verpflichtet bleibt.

3. Vereinigung.

OR. Wenn die Eigenschaften des Gläubigers und des Schuldners in einer Person zusammentreffen, so gilt die Forderung als durch Vereinigung erloschen (Art. 118 I OR). Das Schuldverhältnis hat seinen Zweck erreicht, die Erfüllung wird unmöglich, wie im Falle der Geschäftsübernahme.

Clearingrecht. Durch die Vereinigung einer clearingberechtigten Forderung mit einer clearingpflichtigen Schuld auf einer Person endigt das öffentlichrechtliche Clearingverhältnis nicht. Vielmehr geht die Clearingpflicht nur durch Bewilligung unter, insofern kein Missbrauch vorliegt.
Führen gewisse Rechtsgeschäfte eine Konfusion herbei, z. B. eine Abtretung oder eine Schuldübernahme, so unterliegen auch diese den betreffenden clearingrechtlichen Verfügungsbeschränkungen.

§ 12. Die rechtliche Ausgestaltung.

I. Nichtigkeit.

Wie bereits im Abschnitt über die Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhalts [54]) ausgeführt wurde, übt das Clearingrecht grundsätzlich keine absolute Beschränkung der Vertragsfreiheit aus. Die herbeigeführte Beschränkung ist eine bloss relative, d.h. der Abschluss eines Vertrages ist an sich erlaubt, aber für seinen Inhalt bestehen Schranken.

Relative Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhalts hat nur „relative Widerrechtlichkeit" zur Folge, d.h. die Widerrechtlichkeit ist nicht absolut und das sie statuierende Verbot ebenfalls nicht, sondern ein bestimmter Vertrag ist bloss in einem gewissen Rahmen rechtlich bezw. widerrechtlich. Eine Eigenart dieser relativen Widerrechtlichkeit ist es nun, dass sie regelmässig durch eine behördliche Bewilligung aufgehoben werden kann. Damit wird der Zustand hergestellt, der ohne die, von der Bewilligung durchbrochene, allgemeine Vorschrift bestanden hätte [55]).

Absolute Beschränkung hat absolute Widerrechtlichkeit zur Folge und führt im Sinne von Art. 2o OR zur Nichtigkeit des Vertrages. Es frägt sich nun, ob die relative Widerrechtlichkeit (wegen Übertetung eines Verbotes) diese Rechtsfolge der Nichtigkeit ebenfalls auszulösen vermag. M.a.W. handelt es sich um die Frage, ob clearingwidrige Vereinbarungen oder Zahlungen, welche ausserhalb des Clearingweges beglichen wurden, nichtig sind. Diese Frage ist umstritten [56]).

54) Siehe S. 66, Ziff. I. dieser Arbeit.
55) Ruck, Verwaltungsrecht I, S. 7o.
56) Hug, S. 527, 542; Mettler, S. 49 ff.; Jaccard, S. 59 ff.; Gelpke, S. 82 ff.

Das Bundesgericht hat in Bezug auf die zivilrechtliche Folge der Verbotsgesetze (Art. 20 OR) folgenden Standpunkt eingenommen: Beidseitig widerrechtliche Geschäfte seien nicht schlechthin nichtig, sondern nur dann, wenn die betreffende (Gebots- oder) Verbotsbestimmung die Nichtigkeit als zivilrechtliche Folge der Übertretung anführe, oder wenn nach Sinn und Zweck des betreffenden Gesetzes die Nichtigkeit als gewollt angenommen werden müsse. Die Rechtsordnung, so argumentiert das Bundesgericht, kenne im Gegenteil noch andere Wege, um einem Verbot Nachachtung zu verschaffen, nämlich Strafsanktionen und zivilrechtliche Verantwortlichkeiten [57]).

Nach der herrschenden Meinung gilt diese Maxime zunächst nur, wenn ein Vertrag von beiden beteiligten Parteien aus gesehen widerrechtlich bezw. das Verhalten beider Parteien demgemäss ist. Nach Oftinger[58]) sollte darum abgestellt werden auf:

die Frage, welchen Zweck das Verbot erreichen und welche Interessen es schützen will; die Frage, ob die Nichtigkeit zur Durchsetzung des Verbotes notwendig und im weitern ein taugliches Mittel sei; ob der durch die Nichtigkeit bewirkte Nachteil in einem vernünftigen Verhältnis stehe zu dem erstrebten Ziel und ob die Widerrechtlichkeit durch eine generelle oder spezielle Bewilligung vermieden werden kann; wenn ja, so weist das auf die Vermutung hin, dass die Nichtigkeit nicht am Platze ist.

Zusammenfassend sprechen für die „Verneinung" der Nichtigkeit in Bezug auf die relative Widerrechtlichkeit:

a. der Grundsatz, dass das öffentliche Recht nicht weiter in das Privatrecht eingreifen soll, als es die Wahrung der öffentlichen Interessen unbedingt erfordert.

57) So BGE 45 II 281, 551; 47 II 464.

58) Oftinger, S. 549.

b. der Grundsatz, dass Nichtigkeit nur anzunehmen ist, wenn eine solche Konsequenz nachweisbar in der Absicht des Gesetzgebers gelegen ist. Das Clearingrecht hat jedoch davon abgesehen, die Nichtigkeit eines verbotenen Verfügungsgeschäftes ausdrücklich festzusetzen.

c. der Grundsatz, dass Nichtigkeit nicht eintritt, wenn das Gesetz für den Fall des Verbotes eine andere Rechtsfolge anordnet. Demgemäss sieht der Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1932 die Nachzahlungspflicht vor, für den Fall der Umgehung der Clearingvorschriften.

Diese Annahme einer nur relativen Wirkung der Verfügungsbeschränkungen lässt sich nur dann aufrechterhalten, wenn eine positive Einzahlungspflicht öffentlichrechtlichen Charakters angenommen wird, wie es in dieser Untersuchung geschieht. Lehnt man diese ab, so muss im Hinblick auf den Clearingzweck den privatrechtlichen Verfügungsbeschränkungen absolute Wirkung beigemessen werden.

Was die bezüglichen Vertragsklauseln selbst anbetrifft, so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a. Tilgung einer Clearingschuld unter Umgehung des Clearings, ohne dass der zugrunde liegende Vertrag eine Umgehung vorsieht. In diesem Falle ist der Vertrag selbst privatrechtlich wirksam und nur der vom Clearingpflichtigen gewählte Zahlungsweg ist rechtswidrig. Die Clearingnachzahlungspflicht bleibt bestehen.

b. Tilgung einer Clearingschuld unter Umgehung des Clearings, wobei die Zahlung ausserhalb der Verrechnung vereinbart war, jedoch ohne wesentlicher Bestandteil des Vertrages zu sein.
Hier tritt eine Teilnichtigkeit des Vertrages ein d. h. nur die betreffende Bestimmung über die Zahlungsweise ist nichtig. Im übrigen ergibt sich die gleiche Rechtsfolge wie unter Ziffer a.

c. Abschluss eines Vertrages zwecks Umgehung des Clearings.
Diese Verträge sind in der Regel nichtig, mit der Konsequenz, dass eine in solcher Weise geleistete Zahlung wegen Art. 66 OR nicht mehr zurückgefordert werden kann. Die Clearingpflicht bleibt auch hier wirksam.

II. Sanktionen.

Sanktionen, d.h. die Konsequenzen, welche auf die Übertretung der behandelten Normen gesetzt sind, äussern sich in dreifacher Hinsicht:

1. Zivilrechtliche.

Hier kann auf die Ausführungen unter Ziffer I dieses Abschnittes verwiesen werden.

2. Verwaltungsrechtliche.

Der Verwaltungszwang liegt vor in Bezug auf die clearingrechtliche Prüfung. Ihr unterliegt der Clearingschuldner auf Grund der Auskunfts- und der Duldungspflicht [59]), sowie der Clearinggläubiger mit Rücksicht auf die Handlungs- und Auskunftspflicht [60]). Die unrichtige Erfüllung oder die Nichterfüllung dieser Verwaltungspflichten ist strafbar.
Im weitern gehört hierher der Entzug von Kontingentsansprüchen [61]) und Ausfuhrbewilligungen [62]).

59) Siehe S. 36 dieser Arbeit.
60) Siehe S. 43 dieser Arbeit.
61) A. S. 52, 509, Art. 8.
62) A. S. 53. 1115, Art. 5.

3. Strafrechtliche.

Eine vom Staat begründete direkte Verpflichtung verlangt eine Strafandrohung für den Fall der Nichtbeachtung. Im Clearingrecht sind strafrechtliche Sanktionen insofern notwendig, als der Mangel an Kompensationsmitteln zu strengen Massnahmen zwingt, wenn unmittelbar die Clearingmasse und mittelbar die Clearinggläubiger in rechtswidriger Weise geschädigt werden.
Das Strafmaximum beträgt Fr. 10000.-- Busse, verbunden mit einem Jahr Gefängnis. Strafbar ist nicht allein die vorsätzliche, sondern auch die fahrlässige Handlung. Die Schweizerische Verrechnungsstelle vertritt die Clearingmasse und stellt die nötigen Strafanträge; die Strafverfolgung dagegen ist Sache der Kantone.